

3 Jenseits der Utopie

Es ist emotional und intellektuell schwierig, ein Marxist zu sein, da dies die moralische Enrüstung, die – selbstverständlich – die Hauptursache dafür ist, dass Leute Sozialisten werden, gegen den Strich bürstet.

G. M. Tamás, Wahrheit und Klasse

3.1 Zur Verabschiedung der utopischen Alternative als Bedingung der Kritik

Auf die theoretische Begründung und Proklamation des Absterbens des Rechts, die als die radikale Konsequenz einer fundamentalen Kritik der Rechtsform expliziert wurde, folgt intuitiv die Frage nach einem alternativen Ordnungssystem. Doch die vorliegende Arbeit widersteht auch an diesem Punkt der Eingebung des gesunden Menschenverstandes. Sie versteht sich als Beitrag zur theoretischen Erfassung der *Wirklichkeit* als Ausgangspunkt praktischer Umwälzungen, sohin nicht als Beitrag zur vollständig anders gelagerten Diskussion um die konkrete Ausgestaltung einer (sozialistischen) Utopie.¹ Es soll an dieser Stelle auch nicht darum gehen, inwieweit die marxistische Geschichtsauffassung eine Eschatologie propagiert,² sondern die Utopie als Utopie in ihrer Funktion innerhalb der Gesellschaftskritik reflektiert werden. Dies nicht zuletzt aus dem Grund, dass der Kritik an den bestehenden Verhältnissen stets unter der Aufforderung der Skizzierung einer Alternative entgegengetreten, die Alternative auf diese Weise also zur Bedingung der Kritik gemacht wird. Ein Einwand, der sich ebenso beharrlich aufdrängt wie er blind über den Charakter immanenter Gesellschaftskritik, das heißt über die Einheit von Erkenntnis und Kritik hinweggeht.

Dabei offenbart dieser Einwand seinen eigenen Kritikbegriff unwillkürlich: Kritik ist ihm das Heranziehen externer Ideale und das Messen der Wirklichkeit daran. Dies ist nicht nur ein paradoxes – wie sollte gerade das dem Gegenstand Äußerliche, hier die Alternative als zukünftiges Ideal, diesen Gegenstand auf den Begriff bringen –, sondern überdies

- 1 Vergleich hingegen Bayer, *Tragödie des Rechts*, S. 20, die die praktische Umsetzung der fundamentalen Rechtskritik von der Formulierung einer Alternative abhängig macht.
- 2 Zur Frage, ob Paschukanis' Rechtstheorie jenseits der metaphorischen, exoterischen Sprache geschichtsdeterministische Implikationen aufweist, vergleiche insbesondere 2.3.1.2.

ein äußerst ertragreiches Unterfangen: denn dass die Wirklichkeit gegenüber dem Ideal versagt, ist eine analytische Wahrheit im Begriff des Ideals selbst. Zugleich impliziert diese Weise der Kritik höchst problematische Folgen für einen jenseits der bürgerlichen Gesellschaft angesiedelten und zu entfaltenden Begriff von Freiheit, denn Emanzipation wird darin auf die teleologische Entwicklung hin zum vorweg gesetzten Ideal stilisiert. Es ist die *idealistische*, nicht die materialistische Kritik, der eine Form des Geschichtsdeterminismus zugrunde liegt.³ Die sozialistische Utopie bzw. der

Verein freier Menschen [...], *die* [die einzelnen Menschen, nicht der Verein als übergeordnetes Kollektiv! L.L.O.] mit gemeinschaftlichen Produktionsmitteln arbeiten und ihre vielen individuellen Arbeitskräfte selbstbewußt als eine gesellschaftliche Arbeitskraft verausgaben,⁴

wird abgesehen hiervon bewusst in Unbestimmtheit belassen, da die Antizipation einer näheren Bestimmung der Utopie den Menschen nur als äußerlicher Entwurf gegenübertreten, das Verhältnis dieses theoretischen Entwurfes zu den Menschen nur das eines Oktroy sein kann. Die sozialistische Gesellschaft ist gerade »kein Zustand, der am Ende der Bewegung, unabhängig von ihr, von dem Weg, den sie zurückgelegt, irgendwo, als ›Zukunftsstaat‹ auf das Proletariat wartet«. ⁵ Im Gegensatz zur leninistischen Position lassen sich bei Marx und Paschukanis keine direkten Handlungsanweisungen aus der theoretischen Erfassung der gesellschaftlichen Verhältnisse ableiten.⁶ Zudem äußert sich die Utopie stets vom Standpunkt der unmittelbaren Wirklichkeit, bleibt insofern gebunden an sie. Besonders eindrücklich formuliert Comay, dass »Utopie selbst [...] der ideologische Schatten [ist], der von einer Existenz geworfen wird, die unangefochten bleibt«. ⁷

Das folgende Kapitel widersteht also der Versuchung, eine solche Utopie zu skizzieren und widmet sich den Momenten alternativer Ordnung, die den von Paschukanis geschilderten repressiven Charakter der Rechtsform womöglich transzendieren und im System der warenproduzierenden Gesellschaft selbst schon enthalten sind. Allen voran wird daher in einem ersten Schritt untersucht, inwiefern bei Paschukanis Recht und Zivilrecht zusammenfallen und also inwiefern die Sphäre des öffentlichen

3 Siehe hierzu ausführlicher Obermayr, »Das Schmettern des gallischen Hahns oder Kritik des Geschichtsdeterminismus«, *Narhex. Heft für radikales Denken* 2021/6.

4 MEW 23, S. 92.

5 Lukács, *Geschichte und Klassenbewußtsein*, S. 91.

6 Hans Radermacher, »Hegel und der Positivismus«, in: Oskar Negt (Hg.), *Aktualität und Folgen der Philosophie Hegels*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1971, S. 98.

7 Comay, *Die Geburt der Trauer*, S. 203.

Rechts als solches alternatives Ordnungssystem fruchtbar gemacht werden könnte. Mit dem Wegfall des öffentlichen Rechts aus Einsicht in die wechselseitige Bedingtheit von öffentlichem Recht und Privatrecht eröffnet sich sodann der Blick auf die Moral als alternatives Ordnungssystem, die sich ebenso wie Recht und Ware als fetischisierte Form bürgerlicher Verhältnisse entpuppt. Dabei geht es nicht darum, sich in den moralphilosophischen Diskurs einzubringen und also die Frage danach zu stellen, was Moral, Ethik, Normativität ist, sondern die Moral in ihrer Funktion und Wirklichkeit innerhalb der bürgerlichen Verhältnisse zu bestimmen. Paschukanis' Kritik an Moral und Gerechtigkeit soll in Folge mit Kelsens werterelativistischer Position konfrontiert werden, die zwar den Zusammenhang zwischen Recht und Moral radikal kappt, die Moral jedoch außerhalb des Rechts und daher noch als Alternative zur Rechtsform bewahrt. Zwar greift Kelsens werterelativistischer Positivismus in dem Sinne zu kurz, dass seine Negation der Moral im Recht in die Affirmation der Moral außerhalb des Rechts umschlägt. Gleichzeitig eröffnet sich dadurch aber der Blick auf die Wirklichkeit des Rechts, sodass Kelsens Werterelativismus auch als Ablehnung einer idealistischen Rechtstheorie betrachtet werden kann. Abschließend soll in einem kurzen Abschnitt die von Paschukanis selbst vorgebrachte Alternative zur Rechtsform, die sogenannte »technische Regel«, vor dem Hintergrund eines »schlechten Romantizismus« des unmittelbaren Zusammenfallens von Individualität und Allgemeinheit reflektiert werden.⁸

3.2 Der Reduktionismus der Allgemeinen Rechtslehre II: Identifikation von Recht und Privatrecht

Die in der Rezeption dominante, aber irrtümliche Gleichsetzung von Rechtssubjekt und Warenbesitzer in Paschukanis' Rechtstheorie hat fatale Folgen für die Bestimmung des Gegenstandes seiner Kritik: Paschukanis' Kritik der Rechtsform sei, so der Vorwurf, auf eine Kritik des Privatrechts zu reduzieren, da er mit seinem privatrechtlichen Begriff der Rechtssubjektivität die öffentliche Sphäre vollständig unreflektiert belasse.⁹ Auch diesem Einwand liegt jedoch die Weigerung zugrunde, die Dialektik von Freiheit und Herrschaft, die wesentlich in der Rechtsform vermittelt wird, zu denken. Denn die Charaktermaske des Warenbesitzers

8 Arndt, »Rechtsform gleich Warenform?«, S. 47.

9 Insbesondere Reich, »Marxistische Rechtstheorie zwischen Revolution und Stalinismus«, S. 155; Rosenbaum, »Zum Rechtsbegriff bei Stučka und Pašukanis«, *Kritische Justiz* 1971, S. 159; im Hinblick auf Marx' Reduktionismus Menke, *Kritik der Rechte*, S. 282; Böhler/Paul, »Rechtstheorie als kritische Gesellschaftstheorie«, S. 80.

ist ihrerseits keine bloß privatrechtliche Position, sondern verweist im Begriff des doppelt freien Lohnarbeiters auch auf die öffentlich-rechtliche Position *persönlicher Freiheit*, die der bürgerliche Staat gewährt und garantiert. Paschukanis' Rechtskritik ist Kritik der Rechtsform und als solche gerade nicht auf das Gebiet des Privatrechts beschränkt.¹⁰ Im Kern des Begriffs der Rechtssubjektivität liegt sohin schon die Dialektik von bürgerlicher Gesellschaft und Staat, Einzelem und Allgemeinem. Der Einwand verfehlt im Ansatz den Begriff der Rechtsform: Privatrecht und öffentliches Recht sind unterschieden und zugleich nicht unterschieden, sie sind in ihrer Identität ihr Unterschied und in ihrem Unterschied ihre Identität; eine Bewegung, die im Begriff der Rechtsform stattfindet. Diese beiden »Rechtsformen« – allein die Sprache verrät hier schon die Wahrheit der Einheit des Privatrechts und des öffentlichen Rechts in der Rechtsform – sind nicht nur nicht im klassisch-formallogischen Sinn voneinander unterschieden, sondern sie sind nur *durch einander*. Einen ersten Schritt in diese Richtung setzt Kelsen mit der Aufhebung dieser Dichotomie. Während Kelsen die Dichotomie aber in ein höheres Drittes, nämlich in den rechtserzeugenden Tatbestand schlechthin,¹¹ auflöst, ist Paschukanis' Position dahingehend zu interpretieren, dass beide Seiten nur als gegenteilige existieren und genau darin ihre Identität in der Rechtsform denkbar wird.¹²

3.2.1 Die Trennung von *privatem* und *öffentlichem* Recht als *Schein* der Rechtsform

3.2.1.1 Die Dichotomie von *privatem* und *öffentlichem* Recht als bürgerliche Ideologie bei Kelsen

Im Wesentlichen argumentiert Kelsen, dass der Dualismus von Privatrecht und öffentlichem Recht in der Rechtstheorie angesiedelt ist, wo er einen Schein produziert, in welchem Rechtsverhältnisse nach der Stellung der Rechtssubjekte unterschieden sind (Subordinationstheorie). Das private Recht sei demnach ein Verhältnis gleichgeordneter oder gleichwertiger Subjekte, das öffentliche Recht demgegenüber ein Verhältnis zwischen einem über- und einem untergeordneten Subjekt. Die Ideologie dieser begrifflichen Trennung bestehe darin, dass sich das privatrechtliche Verhältnis als »eigentliches« Rechtsverhältnis, das heißt als das Verhältnis Freier und Gleicher darstellt, wohingegen das öffentlich-rechtliche

10 Siehe auch Harms, *Warenform und Rechtsform*, S. 112 und Bayer, »Die Rechtstodmetapher«, *ARSP* 2020/1, S. 49.

11 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 285.

12 Vgl. Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 56 [S. 30], S. 94 [S. 70].

Verhältnis negativ als die Sphäre der Gewalt und der Ungleichheit erscheint.¹³ Auf diese Weise werde das Privatrecht, genauer das Privateigentum, zum Betätigungsfeld der Freiheit stilisiert, dem die politische Herrschaft nur äußerlich gegenübersteht. Darin komme nun die klassische bürgerliche Ideologie einer vollständigen Trennung von Gesellschaft und Staat, von Privatem und Politischem zum Ausdruck.¹⁴

Dies ermögliche, so formuliert Kelsen wohl unter dem Eindruck des Sowjet-Marxismus, auch der marxistischen Rechtstheorie, das Verhältnis der politischen Herrschaft zur kapitalistischen Ausbeutung zu verdecken.¹⁵ Wird nämlich das Recht auf diese Weise ausschließlich als Ausdruck des Ökonomischen begriffen, so bleibt die Staatsgewalt als zweckneutrales Instrument erhalten. Diesem oberflächlichen Ideologiebegriff entsprechend geht Kelsen dabei vom *bloßen* Schein dieser Dichotomie bzw. davon aus, dass lediglich die juristische Kategorisierung den Schein einer Trennung in privates und öffentliches Recht erzeugt. Er ist daher auch nicht in der Lage, die Feststellung der ideologischen Funktion des begrifflichen Dualismus weiterzudenken und zu erkennen, dass daneben ein *realer* Dualismus von bürgerlicher Gesellschaft und bürgerlichem Staat, von *bourgeois* und *citoyen* existiert, der sich im Dualismus des privaten und öffentlichen Rechts vergegenständlicht. Im Hinblick auf die *Rechtswissenschaft* trifft Kelsens Kritik den ideologischen Kern einer solchen dichotomen Systematisierung von Rechtsverhältnissen, doch muss die Kritik auf den Schein in seiner wirklichen Vermittlung im Recht selbst erweitert werden.

3.2.1.2 Der Doppelcharakter des Rechts und der eigene Schein der Rechtsform bei Paschukanis

Mit Paschukanis stellt sich daher die Frage, ob nicht die Rechtsform selbst, unabhängig von einer ihr äußerlichen Darstellung durch die Rechtswissenschaft, einen solchen ideologischen Schein produziert; oder anders formuliert, ob es eine Seite ihres Fetisches ist, das Verhältnis von privatem und öffentlichem Recht zu verzerren. Ausgangspunkt dieser These ist folgende Diagnose:

Das Problem des subjektiven und des objektiven Rechts ist das allgemein philosophisch formulierte Problem des Menschen als Bürger und des Menschen als Staatsbürger. Dasselbe Problem taucht noch einmal

13 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 284; Kelsen, »Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung«, S. 119.

14 Vgl. auch Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 286f.

15 Kelsen, »Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung«, S. 116f.

in nunmehr konkreter Gestalt als das Problem des öffentlichen und des Privatrechts auf.¹⁶

Das subjektive bzw. private Recht entspricht dabei dem Menschen als Teil der bürgerlichen Gesellschaft, das heißt dem nach seinem Privatinteresse handelnden Subjekt, das objektive bzw. öffentliche Recht hingegen dem Menschen als Staatsbürger, das heißt dem nach dem Allgemeininteresse handelnden Subjekt. Eine solche Scheidung verschleiert – hier argumentiert Paschukanis noch wie Kelsen auf der Ebene der Rechtswissenschaft – die wechselseitige Bedingtheit von *bourgeois* und *citoyen* bzw. von Einzel- und Allgemeininteresse. Der interne Widerspruch des bürgerlichen Individuums wird in dieser Trennung positiviert und die beiden einander nun äußerlichen Gegensätze festgehalten. Besitzbürger und Staatsbürger erscheinen dadurch nicht mehr als zwei Seiten des bürgerlichen Individuums, sondern es wird die Seite des Privatinteresses naturalisiert und in dieser Naturalisierung mit dem Prädikat der Ursprünglichkeit versehen. Allgemeines und Einzelnes, Allgemeinwille und Einzelwille bezeichnen jedoch ein einziges Verhältnis, sodass keine Seite für sich alleine bestehen kann.¹⁷ So lesen wir auch bei Paschukanis, dass eine solche »Grenze zwischen dem egoistischen Interesse des Menschen als Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft und dem allgemeinen abstrakten Interesse des politischen Ganzen nur in der Abstraktion gezogen werden kann«.¹⁸ Genau diese Abstraktion ist aber die Rechtsform, in welcher sich die Menschen nur in Absehung ihrer individuellen Besonderheiten, als Freie und Gleiche begegnen. Im Rechtsfetischismus scheint die Rechtssubjektivität auch jenseits des Verhältnisses, welches sie allererst konstituiert, eine natürliche Eigenschaft des Menschen zu bilden. Die Rechtssubjektivität abstrahiert daher auch vom Rechtsverhältnis als ihrer Existenzbedingung. Die Verschleierung des Rechtsverhältnisses, dessen also, dass Rechtssubjektivität nur im Gegenüber einer anderen entsteht, führt zu einem einseitigen, bloß die Position des *Einzelnen* betonenden Begriff von Rechtssubjektivität.

Es ist folglich die Rechtsform selbst, die vermittels ihrer Abstraktion des konkreten Menschen zum isolierten Rechtssubjekt den Schein erzeugt, eine Sphäre der *Einzelheit* oder *Privatheit* stünde einer Sphäre der *Allgemeinheit* oder *Öffentlichkeit* unvermittelt gegenüber. Paschukanis' Pointe besteht darin, die Position der Vereinzelung und Privatheit mit der Rechtsform zu identifizieren.¹⁹ Das Recht ist genau jene fetischisierte

16 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 102 [S. 79].

17 Klein, »Das Wesen des Rechts«, S. 80.

18 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 102 [S. 79]. Oder im Moralfetisch, siehe dazu unter 3.3.1.

19 Vgl. Klein, »Das Wesen des Rechts«, S. 77, der dies im Hinblick auf Rousseau formuliert.

Form, in der der Einzelne als Unmittelbares *gegen* ein ihm äußeres Allgemeines bzw. ein ahistorisches, unmittelbares Privatinteresse gegen ein ebenso unvermitteltes Allgemeininteresse auftritt. Nur in dem Sinne sind »die Grundzüge des bürgerlichen Privatrechts zugleich auch die charakteristischen Merkmale des rechtlichen Überbaues überhaupt«. ²⁰

3.2.1.3 Die Einheit des Widerspruchs zwischen privatem und öffentlichem Recht

Gegen eine solche Interpretation stehen Formulierungen, die wiederum eine Reduktion des öffentlichen auf das private Recht, also eine Aufhebung der Trennung nahelegen. So schreibt Paschukanis etwa, dass in dem für die bürgerliche Gesellschaft charakteristischen Auseinandertreten von öffentlichem und privatem Recht die allgemeinen Interessen »unfreiwillig die Form von Privatinteressen, das heißt Rechtsform an[nehmen]«, ²¹ um gleich danach wieder deren Trennung zu propagieren: »Wie könnte das, was gesondert nicht existiert, ineinander übergehen?« ²² Dieses Hin und Her seiner Argumentation entspringt jedoch wiederum, so meine These, der Rechtsform selbst, denn das öffentliche Recht kann »selbst nur in seiner Bewegung entwickelt werden, in der e[s] gleichsam fortwährend von dem Privatrecht abgestoßen wird, indem e[s] sich als Gegensatz des letzteren zu bestimmen strebt und dann wieder zu ihm als zu seinem Schwerpunkt zurückkehrt«. ²³ Gerade darin, diesen Gegensatz zu beherbergen, liegt die wesentliche Eigenheit der Rechtsform. ²⁴ Mit dem Begriff »Schwerpunkt« haben wir, so meine ich, ein geeignetes Bild vor Augen, das uns die Bewegung der Rechtsform veranschaulicht, ohne dabei in einen Reduktionismus zu verfallen. Einen klugen Schachzug hinsichtlich des Reduktionismus-Vorwurfes macht jedoch Lagasnerie, wenn er sich weder auf die Verteidigung des ökonomischen Reduktionismus noch darauf einlässt, ihn zu bestreiten, sondern vielmehr zum Gegenangriff übergeht und den Reduktionismus zum einzigen »Ausgangspunkt einer erhellenden Analyse der Gesellschaftswelt« erklärt. ²⁵ Denn erst der ökonomische Reduktionismus ist es, der dem Gegenstand – etwa dem Staat, dem Recht oder dem kulturellen Geschmack – eine Sonderbehandlung verweigert und dessen mythische Einzigartigkeit auflöst. ²⁶

²⁰ Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 39 [S. 13].

²¹ Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 104 [S. 81].

²² Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 106 [S. 83].

²³ Ebd.

²⁴ Ebd.

²⁵ Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 87.

²⁶ Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 86.

Wenn Kelsen Paschukanis die Reproduktion der bürgerlichen Ideologie als einer Trennung von privatem und öffentlichem Recht zuschreibt und ihm also den Vorwurf macht, den privatrechtlichen Eigentumsverhältnissen die »öffentlich-rechtlichen Verhältnisse als ›Gewalt- oder ›Herrschafts-Verhältnisse gegenüberzustellen«²⁷ bzw. »die Einsicht in den unmittelbaren Zusammenhang von Staat und Eigentum, von politischer Herrschaftssphäre und subjektivem Privatrecht verhindern [zu wollen]«,²⁸ dann übersieht er nicht nur die interne Dynamik von Allgemeinem und Einzelnem im Begriff der Rechtssubjektivität. Er übersieht insbesondere die Vermittlung der Rechtssubjektivität durch den Staat, der als öffentlich-rechtlicher Garant der rechts- und warenförmigen Konkurrenz fungiert.²⁹ Dieses Missverständnis ist allerdings die notwendige Folge seines Ideologiebegriffes und der damit einhergehenden Trennung von Rechtstheorie und Recht. Weil Kelsen Paschukanis' Ideologiekritik so versteht, als betreffe sie bloß die theoretische Darstellung des Rechts, muss er konsequenterweise auch die Aufrechterhaltung des – wenn auch vermittelten – Dualismus von öffentlichem und privatem Recht bei Paschukanis der bürgerlichen Ideologie zurechnen. Kelsen obliegt dabei wieder dem Irrtum, dass die Wirklichkeit des Rechts – sei es nun das positiv gesetzte Recht oder das Rechtsverhältnis – widerspruchsfrei sei. Anders formuliert verortet er den Widerspruch nicht auf der Seite des Gegenstandes, sondern auf der Seite des sich auf die Wirklichkeit beziehenden Subjekts.³⁰

3.2.2 Sozialrecht und Rechtsform

Weil Paschukanis die Rechtssubjektivität, das heißt die Position isolierter Freier und Gleicher, als Dreh- und Angelpunkt der Rechtsform denkt, muss ihm das subjektive Recht als primär erscheinen. Es ist ja gerade das materielle Interesse des bürgerlichen Individuums, das sich im subjektiven Recht bzw. in der Rechtssubjektivität manifestiert.³¹ In diesem Sinne ist, konträr zu Kelsen, »die Rechtsverpflichtung als Abglanz und Korrelat des subjektiven Rechtsanspruches zu betrachten«.³² Wie im zweiten Kapitel ausgeführt, muss die subjektiv-berechtigende Seite des Eigentumsrechts gegen die auf dritte Personen gerichtete Unterlassungsdimension

27 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 284.

28 Kelsen, »Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung«, S. 116f.

29 Ebenso übersieht er die Bedeutung der staatlichen Zwangsgewalt für Paschukanis' Rechtsbegriff, siehe dazu 2.3.2.4 und 2.4.3.2.

30 Siehe dazu bereits 1.3.1.

31 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 99 [S. 75].

32 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 99 [S. 76].

des Eigentumsrechts hervorgehoben werden, um einen adäquaten Begriff von Ausbeutung bzw. des besonderen Gebrauchswerts der Ware Arbeitskraft bilden zu können. Hier argumentiert Paschukanis stringent und verstrickt sich nicht, wie etwa Bung zu zeigen versucht, in einen Selbstwiderspruch. Bung verzichtet auf die entscheidenden Passagen, wenn er zitiert, dass »Rechte nichts anderes sind als [...] Verpflichtungen anderer«.³³ Paschukanis hingegen schreibt, dass sich das Recht nur begreifen lässt, wenn es »den Träger und Inhaber des Rechts in sich schließt, dessen Rechte nichts anderes sind als die ihm gegenüber bestehenden Verpflichtungen anderer« (Hervorhebung L.L.O.).³⁴ Das Charakteristische der Rechtsform ist das Setzen und Voraussetzen des Rechtssubjektivität bzw., »dass sie mit privaten isolierten Subjekten rechnet«, wohingegen die Verpflichtung *der anderen* den durch den Staat gewährleisteten Schutz des Eigentumsrechts bezeichnet.³⁵ Das (subjektive) Recht wird nicht aufgelöst in die Verpflichtung, sondern im Gegenteil wird die Verpflichtung in die durch den Staat garantierte subjektive Berechtigung zurückgeführt; die Verabsolutierung der Berechtigung bzw. des Eigentumsrechts manifestiert sich in der Verpflichtung aller anderen als »äußere Zwangsmäßigkeit«.³⁶

Dabei leistet Paschukanis auch eine Reformulierung der durch Marx in der *Kritik des Gothaer Programms* formulierten Kritik an der Sozialgesetzgebung. Trotz ihrem gemeinsamen Ursprung in der Rechtsform kommt dem öffentlichen Recht, insbesondere der Sozialgesetzgebung, eine regulierende Funktion gegenüber dem Privatrecht als der Sphäre egoistischer Interessen zu. Wie Marx im 8. Kapitel des *Kapitals* zum Kampf um die Länge des Arbeitstages schreibt, stehen dem »Heißhunger nach Mehrarbeit« jenseits der sehr elastischen physischen und moralischen Schranke keine aus der Natur des kapitalistischen Produktionsprozesses selbst erwachsenden Schranken entgegen.³⁷ Gegen das (private) Recht des Kapitalisten als Käufer, das auf die Ausdehnung der Mehrarbeit zielt, steht das (private) Recht des Arbeiters als Verkäufer, das auf die Beschränkung der Mehrarbeit zielt. »Es findet hier also eine Antinomie statt, Recht wider Recht, beide gleichmäßig durch die Gesetze des Warentausches besiegelt. Zwischen gleichen Rechten entscheidet die Gewalt.«³⁸ Die Gewalt, die Marx hier meint, ist die neutrale Gewalt des bürgerlichen Staats, die *politische* Entscheidung, regulierend in die Produktionsprozesse einzugreifen bzw. einen Eingriff vermittelt

33 Bung, »Geheimnisse der gesellschaftlichen Formen«, S. 50.

34 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 100 [S. 76].

35 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 100 [S. 77].

36 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 165 [S. 147].

37 MEW 23, S. 250, S. 246, S. 249.

38 MEW 23, S. 249.

durch Interessenvertretungen und Gewerkschaften zuzulassen. Öffentlich-rechtliche sozialgesetzgeberische Maßnahmen sind daher nicht ausschließlich unmittelbare Resultate des Klassenkampfes, sondern vermittelt durch die politische Entscheidung der neutralen Gewalt *Staat*, die in die Mehrwertproduktion regulierend eingreift. Jedoch ist es die List der ökonomischen und der neoliberalen Vernunft, dass öffentlich-rechtliche sozialgesetzgeberische Maßnahmen als Resultate des Klassenkampfes (auch) zu einer Form der Immanenz der Produktionsverhältnisse werden. Arbeitsschutzmaßnahmen und Arbeitszeitverkürzungen, Quotenregelungen und Förderung von Inklusion perpetuieren Ausbeutung, weil sie die Lohnform selbst unberührt lassen.

Gegen die zivilrechtliche Fundierung der Rechtsform und ihr Primat des subjektiven Rechts die Sozialpflichtigkeit des Eigentums anzuführen, wie dies etwa Karl Renner unter dem Pseudonym Josef Karner tut, bezeichnet Paschukanis zudem als »Heuchelei«. ³⁹ Aber wieso ist dieser umfassende Begriff einer Sozialpflichtigkeit des Eigentums, in dem Gedanken sozialer Gerechtigkeit wie konkrete sozialgesetzgeberische Maßnahmen mitschwingen, so treffend? Damit schließt er nicht, wie etwa Menkes Interpretation der Marx'schen Rechtskritik nahelegt, ⁴⁰ das Sozialrecht aus seiner Herrschaftsfunktionalität, denn er weiß um die in der *Kritik des Gothaer Programms* formulierte Kritik an der Systemimmanenz reformerischer Maßnahmen. Heuchlerisch ist die Vorstellung einer Sozialpflichtigkeit des Eigentums in dem Sinne, dass Sozialgesetzgebung nicht moralisch motiviert, sondern Resultat von Klassenkämpfen, das heißt Auseinandersetzungen zwischen Arbeiter- und Kapitalfraktion ist. ⁴¹ Was politisch erkämpft wurde, wird im Begriff der Sozialpflichtigkeit des Eigentums zur Tugend des Kapitals, diese Tugend zum ideologischen Schein. Zugleich ist die Vorstellung einer Sozialpflichtigkeit aber insofern *keine* Heuchelei, als sie auf die *Wirklichkeit* reflektiert; denn Sozialpflichtigkeit ist bis zu einem gewissen Grad – der Kampf um die Festlegung dieses Grades ist der Kampf um den Normalarbeitstag – ⁴²

39 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 98 [S. 75].

40 Menke, *Kritik der Rechte*, S. 282ff. Menkes Begriff des Sozialrechts bezeichnet in einem umfassenden Sinn »Rechte auf soziale Teilhabe«, darunter ist insbesondere auch im Anschluss an Jürgen Habermas die kommunikative Teilhabe am rationalen Diskurs gemeint. In diesem weiten Sinn kann Menkes Begriff des Sozialrechts auch als Erweiterung der Marx'schen Rechtskritik verstanden werden.

41 Zum Kampf um den Normalarbeitstag siehe *MEW* 23, S. 294–315.

42 Vgl. *MEW* 23, S. 246, wo er von der »physischen Schranke« und der »moralischen Schranke« des Arbeitstages spricht. Die Festlegung dieser durchaus »elastischen« Schranken ist der Kampf um die Normierung des Arbeitstages (S. 249).

Reproduktionsbedingung des Kapitalismus bzw. Voraussetzung dieser Wirtschaftsweise. Öffentlich-rechtliche Maßnahmen zur Beförderung sozialer Gerechtigkeit sind damit kein Argument gegen eine Entwicklung der Rechtssubjektivität aus dem materiellen Interesse des bürgerlichen Individuums, sondern verweisen ihrerseits auf das Wechselverhältnis zwischen kapitalistischer Produktionsweise und politischer Gewalt.⁴³

Paschukanis' Rechtskonzeption ist demzufolge keine kategorische Leugnung des öffentlichen Rechts, sondern im Gegenteil verweist er auf den »Maßnahmencharakter, Subordinations- und Zwangsaspekt« des Rechts, wenn er die Rechtssubjektivität in ihrer wirklichen Verallgemeinerung an die neutrale Instanz Staat rückbindet.⁴⁴ Dieses Primat des subjektiven Rechts ist auch nicht die von Kelsen, aber auch Jellinek kritisierte naturrechtliche Fiktion vorstaatlicher Rechte,⁴⁵ sondern die Konsequenz einer Rechtstheorie, die sich aus der Einsicht in die materiellen Produktionsverhältnisse der Gesellschaft entfaltet. Weil für Paschukanis Recht gerade der Ausschluss unmittelbarer Gewalt bei gleichzeitiger mittelbarer Zwangsgewalt durch das Neutrum Staat ist, ist das öffentliche Recht immer mitgedacht, wenngleich nicht in seiner dogmatischen Eigenheit gegenüber dem Privatrecht reflektiert. Das ist jedoch kein Mangel der Theorie, sondern schlicht nicht Gegenstand einer rechtstheoretischen Untersuchung der *Rechtsform*. Der Dualismus von öffentlichem und privatem Recht interessiert Paschukanis nur insoweit, als darin die Dialektik bürgerlicher Verhältnisse bzw. die wechselseitige Bedingtheit von kapitalistischer Produktionsweise und Staat zum Ausdruck kommt. Wie sich dieser Dualismus positiviert, das heißt in konkreten Gesetzen oder Gesetzesauslegungen niederschlägt, ist ein bloß sekundäres Phänomen, sodass etwa auch die Existenz der sogenannten »subjektiven öffentlichen Rechte« (Georg Jellinek) kein Argument gegen den Vorwurf des Zivilrechtsreduktionismus ist.⁴⁶ Im Gegenteil sind sie

nur etwas umgestaltete[] private[] Rechte (und folglich auch private[] Interessen), die sich in eine Sphäre drängen, in der das unpersönliche, durch die Normen des objektiven Rechts reflektierte Gemeininteresse herrschen sollte.⁴⁷

Paschukanis beschreibt hier die Schwierigkeiten einer dogmatischen Rechtswissenschaft, die das Wechselverhältnis von privatem und öffent-

43 Irrtümlich wieder Uhlig, *Das Recht bei Marx und im Materialismus*, S. 91, der Paschukanis in offensichtlich moralischer Empörung »Geringschätzung gegenüber dem Emanzipationspotenzial des Rechts« vorwirft.

44 Elbe, »Warenform, Rechtsform, Staatsform«, S. 50.

45 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 174; Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg: Mohr 1892, S. 1.

46 So aber Bayer, »Die Rechtstodmetapher«, S. 49.

47 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 103 [S. 80].

lichem Recht nicht sieht und daher mit nominalistischen Konstrukten wie den »subjektiven öffentlichen Rechte« vor unlösbare Widersprüche gestellt ist, obwohl der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts selbst schon dieses Verhältnis andeutet. Stehen folglich privates und öffentliches Recht in einem derartigen Wechselverhältnis bzw. ist erkannt, dass in der Rechtsform der in dieser Dichotomie zum Ausdruck kommende Gegensatz von bürgerlicher Gesellschaft und Staat aufgehoben und aufbewahrt ist, so kann, wenn wir Paschukanis' Rechtsformkritik bis zu diesem Punkt gefolgt sind, auch das öffentliche Recht – in dieser fiktiven Isolation – nicht die Aufgabe eines alternativen Ordnungssystems erfüllen.

3.2.3 Äquivalenzprinzip der Strafe

Paschukanis' Strafrechtstheorie ist in der Rezeptionsgeschichte weitgehend unbeachtet geblieben. Sie ist für unsere Zwecke jedoch von großer Bedeutung, nicht nur weil sich am Strafrechtsbegriff eine weitere Front in der Auseinandersetzung mit dem Vorwurf des Zivilrechtsreduktionismus aufuft, sondern besonders weil darin zentrale Narrative der modernen Strafrechtstheorie, welche den Wandel von der Vergeltung zur Prävention als Fortschrittsgeschichte erzählt, dekonstruiert sowie eine weitere Dimension des Rechtsfetischismus erschlossen wird. In der Folge soll Paschukanis' Strafrechtsbegriff auch in Rückgriff auf Lagasnerie rekonstruiert werden, der in seinem Buch *Verurteilen. Der strafende Staat und die Soziologie* zentrale Gedanken von Paschukanis wieder aufgreift, ohne ihn – und ich wiederhole mich mit dieser Beobachtung – namentlich zu nennen oder überhaupt auf die marxistische Traditionslinie explizit Bezug zu nehmen. Durchaus kann jedoch Lagasneries Projekt eines Nachweises der gesellschaftlichen Logik des Strafrechtssystems oder allgemeiner formuliert eines Nachweises der »größere[n] und globalere[n] politischen [und man müsste ergänzen: ökonomischen; L.L.O] Rationalität«, die sich in der spezifischen strafrechtlichen Wirklichkeit »einrichtet und entfaltet«, als Fortsetzung der Rechtsfetischkritik verstanden werden.⁴⁸

Im Wesentlichen betrachtet Paschukanis das Strafrecht als spezifische Form des äquivalenten Tausches, der »unfreiwillig« und »nachträglich, nach der willkürlichen Handlung einer der Parteien« abgeschlossen

48 Geoffroy de Lagasnerie, *Verurteilen. Der strafende Staat und die Soziologie*. Berlin: Suhrkamp 2017, S. 17. Und tatsächlich spricht Lagasnerie einmal vom »Gesetzesfetischismus«, der im Strafrechtsstaat erzeugt wird (Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 237) oder von der Strafjustiz als »Ritus der Entpolitisierung, Enthistorisierung und Entsozialisierung« (Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 134).

wird und in welchem die »Proportion zwischen Verbrechen und Vergeltung« verhandelt wird.⁴⁹ Dabei knüpft er an die Aristotelische Lehre der Tauschgerechtigkeit an, in welcher die Ausgleichung durch freiwillige Handlung (Kauf, Verkauf, Darlehen usf.) von der Ausgleichung durch unfreiwillige Handlung (jede Art von Verbrechen bzw. Delikt, das eine Strafe als Äquivalent nach sich zieht) unterschieden wird.⁵⁰ Die Strafe sei, so Paschukanis, der Ausgleich des vom Verletzten erlittenen Schadens. Und auch Lagasnerie schreibt, dass die Justiz nicht in erster Linie auf »der Institution der Logik der Verantwortung«, sondern auf einer »Ökonomie der Verletzungen« beruht.⁵¹ Anders als im zivilrechtlichen Schadenersatzrecht treten jedoch im modernen Strafrecht der Geschädigte und seine Schädigung weitgehend in den Hintergrund, ist das Strafmaß doch primär abhängig von der Verletzung einer strafrechtlichen Norm, das heißt der Erfüllung eines strafrechtlichen Tatbestandes bzw. der Begehung eines Delikts, worauf insbesondere Kelsen hinweisen wird.⁵² Tritt der Geschädigte bzw. dessen Anspruch in den Hintergrund, so scheint die Äquivalentform zunächst verschwunden. Paschukanis hält allerdings daran fest, dass der Geschädigte dennoch stets die Grundlage oder den Hintergrund des Strafprozesses bildet, wenn auch in verzerrter Gestalt eines übergeordneten öffentlichen Interesses, der Staatsanwaltschaft:

Die Abstraktion des verletzten öffentlichen Interesses stützt sich auf die ganz reale Figur des Geschädigten, der sich persönlich oder durch einen Vertreter am Prozeß beteiligt und diesem seinen lebendigen Sinn gibt.⁵³

Paschukanis weist über »die Äquivalenzlogik des materiellen Strafgedankens« hinaus auf »die merkantile Logik des Strafprozesses« hin:⁵⁴ Die Staatsanwaltschaft fordert eine schwere Bestrafung, das heißt einen »hohen Preis«, der Angeklagte bittet um Schonung, das heißt um »Preisnachlaß«, und »das Gericht erkennt nach Billigkeit«. ⁵⁵ In diesem Sinne zeigt Paschukanis auch die andere Seite der Prozessgarantien auf, die die merkantile Logik widerspiegelt. Die Öffentlichkeit des Verfahrens dient demnach der Kontrolle und Bekundung der Rechtmäßigkeit

49 Ebd.

50 Ebd.

51 Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 191.

52 Der Grad der Schädigung fließt daher bereits in die Beurteilung ein, welches Delikt durch die Tathandlung überhaupt erfüllt ist (leichte oder schwere Körperverletzung, Entwendung oder Diebstahl etc.); er fließt aber auch nachträglich in die Bemessung des Tagessatzes (wenn das Opfer eines Gewaltdelikts ganz besonders brutal geschädigt wurde etc.) ein.

53 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 178 [S. 161].

54 Bung, »Geheimnisse der gesellschaftlichen Formen«, S. 56.

55 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 178 [S. 161].

der gerechten Festsetzung der »Zahlung« (Freiheits- oder Geldstrafe), der Anspruch auf mündliche Verhandlung dient der Möglichkeit, »um seine Freiheit zu feilschen«, und die Verteidigung durch Rechtsanwält*innen kommt den »Dienste[n] eines erfahrenen Gerichtsmaklers« gleich.⁵⁶

Paschukanis gesteht zu, dass diese Konstruktion auf den ersten Blick naiv erscheinen mag,⁵⁷ doch lassen wir die Äquivalenzlogik beiseite und folgen dem Narrativ der Überwindung des Vergeltungsgedankens im Präventionsgedanken des modernen Strafrechts, glauben wir daher, dass es tatsächlich nur darum geht, die Gesellschaft vor dem Angeklagten zu schützen (Generalprävention) und/oder den Angeklagten zu bessern (Spezialprävention), dann verflüchtigt sich auf einen Schlag »der ganze Sinn der Bezeichnung ›Strafe‹«. ⁵⁸ Das selbst schon fragwürdige und besonders von Foucault in *Überwachen und Strafen* entblößte, pathologisierende Interesse, auf den Angeklagten in der Justiz- oder Straf(vollzugs)anstalt general- und spezialpräventiv »einzuwirken« oder denselben zu »resozialisieren«, ist verschwindend klein im Vergleich zum »wirkungsvollen Augenblick des Urteilspruches« und der Feststellung des Strafmaßes.⁵⁹ Paschukanis will nicht leugnen, dass das moderne Strafrecht general- und/oder spezialpräventive Überlegungen anstellt, doch erschöpft es sich nicht darin. Neben dem »sozialen Zweck« der Prävention besteht jedoch ein weiteres »irrationelles, mystifizierendes, absurdes Moment« und gerade darin tritt das Spezifikum der Rechtsform, der abstrakten Rechtssubjektivität wieder hervor:⁶⁰

Die Entziehung der Freiheit auf eine im gerichtlichen Urteil vorher festgesetzte bestimmte Frist ist die spezifische Form, in der das moderne, das heißt bürgerlich-kapitalistische Strafrecht das Prinzip der äquivalenten Vergeltung verwirklicht. Diese Form ist unbewußt aber tieflegend mit der Vorstellung vom abstrakten Menschen und von der abstrakten, durch Zeit meßbaren menschlichen Arbeit verbunden.⁶¹

Paschukanis bricht mit dem Narrativ des modernen Strafrechts, in welchem die falsche und rückschrittliche Idee der Vergeltung durch die fortschrittliche, aufklärerische Idee des sozialen Schutzes vorgestellt wird. Auch für den Bereich des Strafrechts betont er, dass die Entwicklung nicht bloß in und aus den Ideen der Menschen zu begreifen ist, sondern an die materielle ökonomische und gesamtgesellschaftliche Basis rückzubinden ist. Dabei muss die Vergeltung der Begehung eines Delikts mit einem vorweg bestimmten »Stück abstrakter Freiheit« in Zusammenhang

56 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 185 [S. 168].

57 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 170 [S. 152].

58 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 178 [S. 161].

59 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 183 [S. 167].

60 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 178 [S. 161].

61 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 182 [S. 165].

mit der Freiheit und Gleichheit des abstrakten Rechtssubjekts, des abstrakten Warenbesitzers, des entfremdeten Lohnarbeiters begriffen werden.⁶² Der »arithmetische Ausdruck für die Härte des Urteils« entspricht dabei der exakten Abrechnung der dem Schaden entsprechenden Vergütung.⁶³

Doch ob sich das in der Staatsanwaltschaft vergegenständlichende, verletzte öffentliche Interesse tatsächlich noch auf den real Geschädigten bezieht bzw. ob sich die zu bestrafende Verletzung tatsächlich auf die Verletzung des real Geschädigten reduzieren lässt, ist zweifelhaft. Paschukanis übersieht, dass der Begriff der Strafe einen Bruch mit der zivilrechtlichen Logik des Schadenersatzes darstellt, dass sich in der Strafe, wie er selbst schreibt, eine Mystifikation vollzieht, die über den gerechten Ausgleich des real verursachten Schadens hinausweist. Dies schon allein aus dem Grund, dass das strafgerichtliche Verfahren – von prozessrechtlichen Feinheiten abgesehen – in mehrfacher Weise auf ein reales Opfer der delinquenten Handlung verzichten kann: Etwa liegt die Zuständigkeit zur Einleitung eines Strafverfahrens nicht beim Opfer, sondern bei der Staatsanwaltschaft;⁶⁴ auch ist mit der Versuchsstrafbarkeit ein relatives weites Feld zwar »erfolgloser«, jedoch strafbarer Handlungen erfasst, in denen die Existenz eines Opfers schon begrifflich ausgeschlossen ist.⁶⁵ Dennoch evoziert das strafgerichtliche Verfahren entgegen der positivrechtlichen Lage in seiner gesamten, auch sprachlichen, Aufbereitung und mit einem sonderbaren moralischen Pathos den Eindruck, der Angeklagte habe sich der ganzen Welt gegenüber schuldig gemacht. Tatsächlich vertritt die Staatsanwaltschaft auch nicht die Interessen des Opfers einer strafbaren Handlung, sondern ihre Aufgabe ist die »Wahrung der Interessen des Staates« (Hervorhebung L.L.O.).⁶⁶ Die Staatsanwaltschaft fungiert sowohl im kontinentaleuropäischen (etwa Österreich, Deutschland, Frankreich) als auch im angloamerikanischen Rechtskreis bzw. im Common-Law als Vertreterin eines Allgemeininteresses, sei dies mit »Staat«, »Gesellschaft« oder »Volk« betitelt.

62 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 182 [S. 165].

63 Ebd.

64 Im Unterschied zur *Anklage* durch die Staatsanwaltschaft ist die *Anzeige* nicht mit der Einleitung des Strafverfahrens zu verwechseln, sondern bloß eine Weise, wie der Staatsanwaltschaft die Begehung einer Straftat bekannt werden kann.

65 Vom Opfer einer Straftat zu sprechen, bedeutet, vom Opfer einer *bestimmten* Straftat zu sprechen. Dass der versuchte Mord kein (Mord-) Opfer kennt, schließt nicht aus, dass dem versuchten Mord eine »erfolgreiche« Körperverletzung voranging, der ein entsprechend verletztes Opfer korrespondiert. Dieses Opfer ist jedoch das Opfer der Körperverletzung und nicht das – begrifflich unmögliche – Opfer eines versuchten Mordes.

66 § 1 StAG.

So beobachtet Lagasnerie sehr scharfsinnig, dass das Bestrafungssystem eine Szene konstruiert, in der sich das Individuum gegen »die Gesellschaft« oder »das Allgemeine« zu verantworten hat.⁶⁷ Die Verselbständigung des Allgemeininteresses und die Verdrängung des real Geschädigten im Strafverfahren hält auch Hegel fest: »Statt der verletzten Partei tritt das verletzte *Allgemeine* auf, das im Gerichte eigentümliche Wirklichkeit hat.«⁶⁸ Präziser als Paschukanis leitet Hegel hieraus das rechtsstaatliche Prinzip der Öffentlichkeit des Verfahrens ab. Denn tritt dem Verbrecher das verletzte Allgemeine als eigentliches Opfer der delinquenten Handlung gegenüber, betrifft die Entscheidung im Strafverfahren, das heißt Freispruch oder Verurteilung, zwar ihrem besonderen Inhalt nach die konkret beteiligten Personen, ihrem allgemeinen Inhalt nach jedoch »das Interesse aller.«⁶⁹ Die Öffentlichkeit des Verfahrens muss als die notwendige Kehrseite des Rechts als *Bewährungsprozess* verstanden werden, in welchem sich das Allgemeine gegen seine Verletzung durch den Verbrecher »als notwendiges vermitteltes Dasein bewährt.«⁷⁰ Das Verbrechen ist bei Hegel immer schon in dieser Kollision mit dem Allgemeinen, als dieses *besondere*, sich über das Allgemeine Hinwegsetzende bzw. als der sich der Anerkennung des Allgemeinen verweigernde besondere Wille bestimmt.⁷¹ Der Öffentlichkeitsgrundsatz ist daher der ideologische Euphemismus für die Verselbständigung und Durchsetzung des Allgemeinen, das in einer tautologischen Selbstreflexion des Rechts mündet: »Das Recht der Öffentlichkeit beruht darauf, daß der Zweck des Gerichts das Recht ist, welches *als* Allgemeinheit auch *vor* die Allgemeinheit gehört.«⁷² Denken wir zu Ende, was Hegel uns als tautologische Selbstreflexion des Rechts im Gerichtssaal vorexerziert, so können wir in einer plakativen Polemik festhalten, dass im bürgerlichen Rechtsstaat jeder Prozess ein *Schauprozess* ist, weil in ihm das Zur-Schau-Stellen des Rechts und dessen Bewährung zum Prinzip und Selbstzweck werden.⁷³

Lagasnerie kommt hinsichtlich des sonderbaren Moments der Verurteilung, der den mystifizierenden und selbstreferentiellen Charakter des Strafrechtssystems offenbart, zu einem ganz ähnlichen Urteil:

In den Gerichtsprozessen, an denen ich teilgenommen habe, schien mir immer ein Moment die Fähigkeit der Justiz zu enthüllen, im Leerlauf zu funktionieren und ohne sich Fragen zu den eigenen Operationen zu

67 Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 188.

68 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, S. 374, § 220.

69 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, S. 376, § 224.

70 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, S. 186, § 97 Zusatz.

71 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, S. 174, § 83 Zusatz.

72 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, S. 377, § 224 Zusatz.

73 Vgl. auch Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 240.

stellen: der Moment, in dem die Frage nach dem Strafmaß erörtert wird, zu dem der Angeklagte verurteilt werden sollte.⁷⁴

In diesem Moment kulminiert die strukturelle Unfähigkeit einer nicht-tautologischen Selbstreflexion des Strafprozesses, das heißt zur Reflexion derjenigen Voraussetzungen, die im Strafprozess implizit vorausgesetzt, also begründungstechnisch nicht eingeholt sind bzw. die ihn überhaupt erst als Strafprozess konstituieren. Lagasnerie fährt in enger sprachlicher und gedanklicher Anlehnung an Paschukanis und dessen Rechtsfetischbegriff fort, wenn er dem Moment der Verurteilung die Verwandtschaft mit dem Ritual oder der sozialen Magie nachweist und den »geheimnisvolle[n] Charakter jedes Strafrechtssystems« betont.⁷⁵

Wird die Entstehung des modernen Strafrechts nicht als Fortschrittsgeschichte erzählt, richtet sich der Blick auf eine weitere Fetischisierung der bürgerlichen Rechtsform:

Während aber die Gleichwertigkeit der Strafe in ihrer groben, brutalen, sinnlich-materiellen Form als Zufügung eines physischen Schadens oder Eintreibung eines Sühnegeldes gerade durch diese Brutalität ihren einfachen, jedem zugänglichen Sinn bewahrt, verliert sie in ihrer abstrakten Form (der Freiheitsentziehung für eine bestimmte Frist) diesen klaren Sinn, obwohl man auch hier weiterhin das Strafmaß als der Schwere der Tat *angemessen* zu bezeichnen pflegt.⁷⁶

Die Einsicht in die ideologische Verschleierung heißt hingegen nicht, den Fortschrittscharakter des modernen Strafrechts als Illusion hinzustellen. Verfahrensgrundsätze, Folterverbot, Abschaffung der Körper- und Todesstrafe – »[a]ll dies stellt zweifellos einen großen Fortschritt dar.«⁷⁷ Und auch das ideologische Ersetzungsverhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Opfer muss in der Hinsicht als Fortschritt bezeichnet werden, dass die Reaktion auf ein Verbrechen der leidenschaftlich-spontanen Vergeltungslogik des Opfers enthoben und in einen leidenschaftslos-rationalen Rahmen von Verfahrensregeln eingebettet wird. Wenngleich, wie Lagasnerie schreibt, der moderne Strafrechtsapparat bloß mit den von unten kommenden Leidenschaften bricht, »um seinerseits zu einer phantasmatischen Behandlung der Straftaten überzugehen«, die aufs Neue eine »Leidenschaft der Vergeltung« offenlegt.⁷⁸

Der Fortschritt des modernen Strafrechts ist jedenfalls nicht inhaltlicher Natur, sondern es ist der Fortschritt einer Selbstreflexion im Recht, die an der Überwindung der Rache anschaulich wird. Für Menke ist die archaische Rache zweideutig, weil sie auf zweifache Weise erzählbar ist.

74 Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 18.

75 Ebd.

76 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 183 [S. 165f.].

77 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 176 [S. 158].

78 Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 193.

Er leitet diese zweifache Erzählbarkeit der Rache aus der zweifachen *Zählbarkeit* der Rache ab, denn die Rache kann immer zugleich als Antwort auf eine Verletzung als auch als eine neuerliche Verletzung bestimmt werden.⁷⁹ Steht die Rache an zweiter Stelle, wird sie folglich als *zweite* Tat erzählt, wird darin die *erste* Untat gebüßt; steht die Rache jedoch an erster Stelle, wird sie folglich als *erste* Tat erzählt, ist sie ihrerseits die zu rächende Untat. Jedoch ist die Rache nicht bloß zweifach erzählbar, vielmehr ist die Rache auch im ontologischen Sinn eine zweifache, das heißt widersprüchliche Tat. Zwar lesen wir bei Menke, dass die Rache doppelt er- oder gezählt wird, »weil sie ontologisch zweideutig ist«,⁸⁰ jedoch unterminiert der Ausdruck »zweideutig« den ontologischen Doppelstatus der Rache, indem die *wirkliche* Zweifachheit der Rache wiederum in eine (bloße) Zweifachheit abgeschwächt wird. Mit Hegel muss die Rache jedoch als in sich widersprüchlich begriffen werden: Dem *Inhalt* nach ist Rache, insofern sie Wiedervergeltung ist, gerecht; der *Form* nach ist die Rache hingegen Handlung und Ausdruck eines besonderen Willens und *als diese Besonderheit* ist die durch Rache verwirklichte Gerechtigkeit willkürlich.⁸¹ Die Rache verfällt in diesem Widerspruch – Gerechtigkeit und Verletzung zugleich zu sein – in einen unendlichen Progress.⁸² Dagegen weiß das Recht um die ontologische Zweifachheit der Rache und setzt als Ende der Rache eine *Entscheidung*, der ihrerseits ein rechtsstaatliches Verfahren vorangegangen ist. Menke erkennt ganz richtig, dass das moderne Strafrecht zwar »kein höheres Wissen um den gerechten Zustand als die Ordnung der Rache [verkörpert]«, es jedoch die »Strittigkeit des Wissens« im geordneten Verfahren institutionalisiert.⁸³ Diese Strittigkeit des Wissens wird wiederum im Strafprozess durch das Beweisrecht verwaltet. Im Strafverfahren erhält die Rache eine »zivilisierte Form«,⁸⁴ die *rächende* wird zur *strafenden* Gerechtigkeit.⁸⁵ Doch beendet die staatliche Rahmung tatsächlich den Zyklus der Gewalt? Von Hegel wissen wir, dass das Resultat einer Entwicklung diese Entwicklung und all ihre Stufen weiterhin in sich beherbergt.

Noch einmal: Es geht nicht um die Leugnung des Fortschrittscharakters, sondern darum, den »Humanismus der Bourgeoisie« als Inhalt des Fortschritts zu hinterfragen,⁸⁶ auf seine realen Ursachen zurückzuführen, aber auch das Strafrecht inklusive des Polizei- und Ermittlungsapparats als spezifisches Instrument der (Klassen-) Herrschaft zu

79 Menke, *Recht und Gewalt*, S. 18.

80 Ebd.

81 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, S. 196, § 102.

82 Ebd.

83 Menke, *Recht und Gewalt*, S. 20.

84 Bayer, *Tragödie des Rechts*, S. 112.

85 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, S. 197, § 103.

86 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 176 [S. 158].

analysieren.⁸⁷ Über die *inhaltliche* Ausgestaltung des Strafrechts, so Paschukanis, erhalte die Bourgeoisie die Klassenherrschaft aufrecht, Kriminalgerichtsbarkeit sei »organisierte[r] Klassenterror«. ⁸⁸ In Anknüpfung an Herbert Spencer zieht er hingegen eine Analogie zwischen der gegen äußere Angriffe gerichteten Abwehrreaktion (Krieg) und der gegen die innere Ordnung gerichteten Angriffe (Sicherheits- und Kriminalpolizei), in der sich schon erahnen lässt, worin der Springpunkt im Strafrecht als *Form* besteht.⁸⁹

Für eine abschließende Bestimmung der Funktionsweise der Strafrechtsform bedarf es jedoch einer Ergänzung, die wir sogleich mit Kelsen vornehmen werden. Zwar würde ich nicht so weit gehen, Paschukanis' Strafrechtstheorie als Schlüsselfrage seiner Rechtstheorie zu bezeichnen,⁹⁰ jedoch kulminiert im Strafrecht der durch den Staat verkörperte und realisierte Zwangscharakter des Rechts: die Norm ist mit der Strafandrohung »unmittelbar verbunden«. ⁹¹ Nur in diesem Sinne ist Paschukanis zu verstehen, wenn er schreibt, »daß das Strafrecht sozusagen die Rolle des Vertreters des Rechts schlechthin spielt«, ja »ein Teil, der das Ganze ersetzt« ist.⁹² Vielleicht könnte man meinen, das Strafrecht sei gerade dadurch, dass es das archaische Prinzip der Vergeltung in neuem Gewande wiedererweckt, ein Exzess des bürgerlichen Rechts, welches sich ja gerade als Überwindung archaischer und feudaler Rechtsformen darstellt. Indem Paschukanis die Vergeltung zum entscheidenden Moment auch des modernen bürgerlichen Strafrechts macht, bricht er jedoch mit der bisherigen Erkenntnis, gerade die Bürgerlichkeit als Bürgerlichkeit zu kritisieren (die wechselseitige Vermittlung von Herrschaft und Freiheit im Begriff der Rechtssubjektivität), und verfällt in den oberflächlicheren Ideologiebegriff eines bloßen Entlarvungsgestus. Erst die Kritik am Fortschrittsnarrativ selbst wie auch die Kritik des modernen Präventionsgedankens aus der Kritik der Gemeinschaftsfiktion erreichen wieder das ideologiekritische Niveau seiner übrigen Rechtskritik. Jedoch sehen wir schon hier, dass der wiederholte Vorwurf des Zivilrechtsreduktionismus an Paschukanis' Strafrechtstheorie den Kern verfehlt.⁹³ Die Identität von Zivil- und Strafrecht wird an keiner Stelle konstatiert, vielmehr Strukturähnlichkeiten herausgestellt, insbesondere was das Wechselverhältnis zur Ökonomie und die Fetischisierung des Rechts im Allgemeinen betrifft.

87 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 174 [S. 156f.].

88 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 175 [S. 157].

89 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 175 [S. 157], S. 177 [S. 159].

90 So aber etwa Bayer, *Tragödie des Rechts*, S. 110; Bung, »Geheimnisse der gesellschaftlichen Formen«, S. 55.

91 Harms, *Warenform und Rechtsform*, S. 62.

92 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 168 [S. 151].

93 Rosenbaum, »Zum Rechtsbegriff bei Stučka und Pašukanis«, S. 159.

Für diskussionswürdig halte ich hingegen den Vorschlag Bayers, das Strafrecht – und in weiterer Folge das Recht insgesamt – in Anknüpfung an Paschukanis »überhaupt erst im Verhältnis zum Unrecht« zu denken.⁹⁴ Was die Konstitution der »Norm« als »Norm-ales« betrifft,⁹⁵ so ist zuzustimmen, dass sich das Normale negativ über das Anormale bestimmt, indem eine Gesellschaft ihre je eigenen Exzesse festlegt. So schreibt auch Paschukanis, dass das Normale ursprünglich nicht existiert. In diesem Sinn wäre etwa die Demokratie kein positiver Begriff, der sich über Inhalte wie Wahlfreiheit, Rechtsstaatlichkeit usw. definiert, sondern ein negativer Begriff, der sich etwa über die Negation von Totalitarismus und Faschismus bestimmt.⁹⁶ Was die Rechtsform selbst – jenseits vom oben skizzierten Bewährungsprozess, in dem sich das Recht selbstverständlich über die Negation des Unrechts als Geltendes betätigt – betrifft, zweifle ich aber an einer solchen negativen Bestimmung. Der Kern der Rechtsform ist die positive Bestimmung der Rechtssubjektivität – die ihrerseits durch die Negation jeder konkreten Besonderheit bestimmt ist – und zwar in erster Linie nicht als *schuldiges* oder *schuldfähiges*, sondern im weitesten Sinn als *integroter* Akteur am Markt.

Gegen das Fortschrittsnarrativ ist die Strafe daher als abstrakte Form der Vergeltung zu betrachten, aber auch in der Schuld als Dreh- und Angelpunkt der modernen Strafrechtstheorie begegnen Schwierigkeiten. Die Grenzziehung zwischen Schuldfähigkeit und Schuldunfähigkeit ist eine höchst politische Angelegenheit, die einer immanenten Logik im Grunde entbehrt. Ausgehend von der Begrifflichkeit der Kausalität ließe sich zumindest in Zweifel ziehen, wieso etwa geistige Beeinträchtigung, psychische Erkrankung, Minderjährigkeit oder Trunkenheit in Zurechnungsunfähigkeit münden,⁹⁷ wohingegen etwa das spezifische Milieu, in welches der Angeklagte hineingeboren wurde oder in welchem er zum Tatzeitpunkt verkehrte, die Schuldfähigkeit unberührt lässt. Auch die Schuld erscheint dadurch als unmittelbar einsehbare, natürliche und daher auch von gesellschaftlichen und historischen Umständen unabhängige Qualität des Menschen, sein Vergehen daher als höchstpersönliches Versagen, als Pathologie. Diese Fetischisierung der Schuld können wir als Fortsetzung oder Besonderung des Rechtsfetisch verstehen, doch sollten wir nicht bei einer solchen bloß vergleichenden Feststellung verharren.

Mit Lagasnerie müssen wir vielmehr unser Augenmerk auf zwei Mechanismen innerhalb des Strafprozesses lenken, wenn wir verstehen

94 Bayer, *Tragödie des Rechts*, S. 111.

95 Bayer, *Tragödie des Rechts*, S. 110.

96 Auch Kelsen denkt in dieser Dualität von Demokratie und Autokratie, wenn er die »Diktatur des Proletariats« deswegen als Autokratie charakterisiert, weil sie »zur Demokratie in Gegensatz tritt« (Kelsen, *Sozialismus und Staat*, S. 160).

97 Siehe etwa für die österreichische Rechtslage § 11 StGB.

wollen, in welcher Weise sich Herrschaft im besonderen Bereich des Strafgerichtssystems artikuliert. Diese beiden Mechanismen bestehen in der Individualisierung des *angeklagten* Subjekts und der Vergesellschaftung des *verurteilten* Subjekts. Doch hütet sich Lagasnerie, diese widersprüchliche Bewegung innerhalb der Einheit des Strafprozesses als Dialektik zu bezeichnen. Am Anfang eines strafgerichtlichen Verfahrens steht, sobald das Ermittlungsverfahren abgeschlossen ist, die *Anklage*, mit der dem *Beschuldigten* die Begehung einer Straftat vorgeworfen wird. Doch auf welcher spezifischen Wirklichkeitsinterpretation oder besser -konstruktion erhebt sich die Anklage? Was muss sie immer schon voraussetzen, um sich als Anklage, das heißt als die Forderung, den Beklagten aufgrund der Begehung einer Straftat zu verurteilen, zu betätigen? Lagasnerie identifiziert die strafrechtliche Wirklichkeitskonstruktion mit einer bestimmten, sich den Begriffen der Totalität verweigernden Weise des Denkens: Die Strafjustiz »ent-totalisiert«, indem sie mit der Subsumtion einer Handlung unter einen Straftatbestand dieselbe zugleich vom spezifischen Interaktionskontext und der kollektiven Szene herauslöst, um sie sogleich als die isolierte Handlung eines einzelnen Individuums nach einer sequentiellen Logik zu rekonstruieren.⁹⁸ Der Akt des Anklagens fußt auf einer »atomistischen Sichtweise der Wirklichkeit«, in welcher die Handlung erst unter Absehung von »sozialer Kausalität, kollektiver Strukturen oder historischer Logiken« in die allgemeine Form der strafrechtlichen Norm gepresst wird.⁹⁹

Diese gewaltvolle Umdeutung einer Handlung verbirgt sich jedoch gerne hinter dem Pathos einer fortschrittlich-humanen Justiz, die das Individuum gerade nicht auf diese seine Tat reduzieren, das heißt die Tat des Individuums gerade nicht substantialisieren will (die aufgrund der Begehung eines Diebstahls verurteilte Person *als Dieb* oder die aufgrund der Begehung eines Mordes verurteilte Person *als Mörder* zu bestrafen) und stattdessen, regelmäßig unter Zuhilfenahme der Psychologie als sachverständige Disziplin, bemüht ist, das Individuum und die Beweggründe hinter seiner Handlung zu verstehen. Anhand der gerichtlichen Rekonstruktion der Biografie des Individuums über die Befragung des Angeklagten kehrt Lagasnerie die heuchlerische Logik der modernen Strafjustiz hervor. Denn anhand der gesammelten sozialen Informationen (Herkunft und Klassenzugehörigkeit, Kindheit, Geschlecht, ethnische Zugehörigkeit, Religion, Ausbildung, usw.) wird nicht etwa die soziale Logik und Bedingtheit der begangenen Tat festgestellt, sondern vielmehr ein Persönlichkeitsprofil erstellt, durch welches eine paradoxe, aber zur Logik des Anklagens notwendige Umkehr des Ursache-Wirkungs-Zusammenhangs vollzogen wird: Der gesellschaftliche

98 Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 136, S. 137.

99 Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 135.

und historische Kontext rückt nicht als *Ursache der Handlung*, sondern bloß nach der Seite seiner *Wirkung auf den Angeklagten* in den Blick. Tatsächlich verkehrt sich auch die Bedeutung des *Grundes* oder der *Begründung* einer Handlung: Eine Handlung begründen, heißt nicht mehr ihren Grund im Sinne einer rechtfertigenden oder zumindest erklärenden Ursache zu benennen, sondern der Grund kommt nur noch als belastende Information im Sinnzusammenhang eines devianten Charakters in Betracht, gemäß welcher die begangene Tat als konsequenter oder gar notwendiger Ausdruck dieses Charakters erscheint. Lesen wir, wie Lagasnerie diesen verzerrenden Mechanismus der Strafgerichtsbarkeit als eine »List der strafrechtlichen Vernunft« fasst:

Während man sich ein gutes Gewissen unter dem Vorwand des »Verstehens« verschafft, bezieht man die verurteilte Handlung auf eine Reihe anderer individueller Merkmale, ohne je all diese Elemente auf ihre objektiven Ursachen zu beziehen oder auf ihre Verankerung im konkreten sozialen und politischen Leben. [...] Die fragliche Handlung wird mit der beschuldigten Person und ihrer Biographie verknüpft und nicht mit der gesellschaftlichen Struktur, innerhalb welcher diese Biographie Gestalt angenommen hat.¹⁰⁰

Die Rekonstruktion der Biografie des Angeklagten erzeugt eine Verdoppelung der Wirklichkeit, in der parallel zur rechtlichen Beschreibung einer Handlung als Tat eine psychologisierende moralische Ebene eingezogen wird, der eine gewisse zeitliche Priorität gegenüber der rechtlichen Ebene zugeschrieben wird. Die Erstellung eines psychologischen Profils der Persönlichkeit des Angeklagten über die Rekonstruktion seiner sozialen Biografie erzeugt den Eindruck, »daß der Verbrecher gewissermaßen schon *vor* seinem Verbrechen existiert«, das heißt auch, dass er *sozusagen unabhängig* von der begangenen Tat immer schon und *nur als Verbrecher ist*. Lagasnerie formuliert diese Pointe präzise, wenn er ein Ineinanderkippen von Innerlichkeit und Äußerlichkeit diagnostiziert: »Das Verbrechen ist nicht mehr der Ausdruck einer Beziehung zur Welt, sondern die Veräußerlichung eines Selbstverhältnisses.«¹⁰¹ Dieselbe Bewegung, die schon den Waren- und Rechtsfetisch charakterisierte, lässt sich daher auch am Strafrecht beobachten: Die Gesellschaftlichkeit des Verbrechens wird durch die psychologisierende Verinnerlichung zugleich naturalisiert bzw. zu einer natürlichen, höchstpersönlichen Eigenschaft des Beschuldigten stilisiert.

Halten wir fest, dass dem Akt der Anklage eine individualisierende und atomisierende Rekonstruktion der vielschichtigen sozialen Wirklichkeit, eine Konzentration auf die Handlung als singuläres Ereignis zulasten der Erfassung des Ganzen zugrunde liegt. Wie steht es aber

¹⁰⁰ Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 142.

¹⁰¹ Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 154.

um den Akt der Bestrafung? Auch der Akt der Bestrafung fußt auf einer sonderbaren Rekonstruktion und Verdopplung der Wirklichkeit, die zu demjenigen Punkt, den der Akt der Anklage ursprünglich verkehrt hatte, zurückkehrt, um selbst die ursprüngliche Verkehrung noch zu verkehren: Die Bestrafung des Angeklagten beruht, wie Lagasnerie feststellt, auf einer »performativen Konstruktion des Verbrechens als gesellschaftlicher Handlung«. ¹⁰² Die strafrechtliche Logik ist an diesem Punkt äußerst verdreht: Setzt der Akt der Anklage gerade eine individualisierende Negation des Verbrechens als gesellschaftliche Handlung voraus, so findet mit dem Akt der Bestrafung eine Rekontextualisierung der zuerst aus dem gesellschaftlichen Kontext abstrahierten Handlung statt. Der Entsozialisierung des Verbrechens als gesellschaftliches Verhältnis des Beschuldigten zur sozialen Wirklichkeit folgt eine *Resozialisierung* – man beachte die Doppeldeutigkeit dieses Begriffes in diesem Zusammenhang – dieser isolierten strafbaren Handlung, die nunmehr als Angriff gegen Gesellschaft/Gemeinschaft/Staat/Ordnung rekonstruiert wird. Damit verdoppelt auch die Bestrafung die Wirklichkeit bzw. setzt an die Stelle, wo zuvor bloß eine strafbare Handlung war, eine zweite: »Der Strafrechtsstaat erzeugt zwei Verbrechen, wo es nur eines gab: das eine gegen das Opfer, das andere gegen den Staat«. ¹⁰³ Sehr feinsinnig arbeitet Lagasnerie die geistesgeschichtliche Verbindung zwischen dieser Ver gesellschaftung des Verbrechens und der bürgerlichen Philosophie des Gesellschaftsvertrags heraus, deren Einfluss auf das bürgerliche, antidiialektische Denken ich zu Beginn im Kapitel *Rechtsform und Gewalt* herausgestellt habe. Der Verbrecher ist als die Aggression des besonderen Willens gegen den allgemeinen Willen nur dann ein Angriff gegen die Gesellschaft selbst, wenn der allgemeine Wille zugleich als die Repräsentation des Willens aller genommen wird. Nur gegenüber einer solchen Interpretation des allgemeinen Willens, die die ideologische Fiktion einer harmonischen, homogenen Gemeinschaft reproduziert, kann der Verbrecher als »abtrünniges Subjekt« im Namen und zum Schutze aller bestraft werden. ¹⁰⁴ Die Schuld trifft den Verurteilten zwar als Individuum für ein individuelles und besonderes Vergehen, doch macht er sich damit zugleich in höchst allgemeiner Weise *an* der ganzen Gesellschaft schuldig.

Auch Kelsen äußert Kritik am Begriff der Schuld und wirft Paschukanis wiederholt die Reproduktion der bürgerlichen, »individualistischen Ideologie« vor. ¹⁰⁵ Diese Ideologie liege der Deutung des Zwangsaktes

¹⁰² Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 200.

¹⁰³ Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 193f.

¹⁰⁴ Vgl. Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 202.

¹⁰⁵ Kelsen, »Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung«, S. 101.

»als Strafe ›für‹ eine Schuld des Täters« zugrunde und erzeuge den Schein, »daß der Mensch, der das Objekt des Zwangsaktes ist, Subjekt, das heißt sittlich-rechtliche Persönlichkeit, Selbstzweck sei«. ¹⁰⁶ Damit würde jedoch die bürgerliche und naturrechtliche Vorstellung der Rechtssubjektivität als eine gegenüber dem objektiven Recht ursprünglichere Kategorie reproduziert. ¹⁰⁷ Gleichzeitig sei darin der eigentliche »Strafzweck« verschleiert, der in den general- und spezialpräventiven Überlegungen bestünde. »Entkleidet man«, so Kelsen, »das Schuldmoment aller ideologischen Hüllen«, dann bleibt nicht die Strafe als Selbstzweck (Vergeltung/Rache), sondern die Strafe zeigt sich als Reaktion auf die »Beziehung zwischen Täter und Tat«, als »Tatbestandselement« und wird daher als bloßes Mittel zur Verhinderung zukünftiger Tatbestände erkannt. ¹⁰⁸ Gegen die ahistorische Naturalisierung des Delikts als Tat, die an und für sich »schlecht« sei, richtet sich Kelsen auch in seiner *Reinen Rechtslehre*:

Das Verhältnis zwischen Unrecht und Unrechtsfolge besteht somit nicht – wie von der traditionellen Jurisprudenz angenommen wird – darin, daß eine Handlung oder Unterlassung darum, weil sie ein Unrecht oder Delikt darstellt, mit einem Zwangsakt als Unrechtsfolge verknüpft wird, sondern darin, daß eine Handlung oder Unterlassung ein Unrecht oder Delikt ist, weil sie mit einem Zwangsakt als ihrer Folge verknüpft wird. ¹⁰⁹

Was als Delikt angesehen wird, darin sind sich Kelsen und Paschukanis einig, ist höchst kontingent und ein Feld politischer Auseinandersetzung. Letztlich ist aber auch der bei Kelsen als »eigentlicher« Strafzweck gesetzte Gedanke der Generalprävention ideologisch konnotiert, denn er formuliert ein allgemeines Interesse im Namen der Gesellschaft als Ganzes, ein solches Ganzes aber ist Fiktion. ¹¹⁰ Eine Strafrechtstheorie, die Prinzipien aus den Interessen der Gesellschaft als Ganzes ableitet, macht sich, so Paschukanis, einer Entstellung der Wirklichkeit schuldig, weil sie über den antagonistischen Charakter dieser Wirklichkeit hinwegtäuscht: Es ist das Klasseninteresse, das »jedem strafpolitischen System den Stempel historischer Konkretheit auf[drückt]«. ¹¹¹ Weiter unten werden wir im Zusammenhang mit der technischen Regel allerdings sehen, dass Paschukanis doch mit dem Gedanken der Generalprävention, das heißt mit der sozialen Schutzfunktion des Strafrechts, sympathisiert; auch Bung hält

106 Ebd.

107 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 174f.

108 Kelsen, »Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung«, S. 101.

109 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 117.

110 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 175 [S. 158].

111 Ebd.

daher treffend fest, dass sich Paschukanis in diesem Punkt »als erstaunlich ambivalent und unsicher [entpuppt]«. ¹¹²

Im Rahmen der Diskussion alternativer Ordnungssysteme und Regelungsinstrumente drängt sich auch an dieser Stelle die Frage nach einem plausiblen alternativen Lösungsvorschlag im Hinblick auf den Umgang mit »Straftaten« in der sozialistischen Zukunftsgesellschaft auf. So schreibt Kelsen exemplarisch, dass die sozialistische Gesellschaft nicht notwendig einen gewaltfreien, harmonischen Zustand bedingt; darin ist Kelsen zuzustimmen. ¹¹³ Der Fehler liegt nur darin, Kelsens Hinweis als Kritik an Paschukanis oder allgemeiner an der marxistischen (Straf-) Rechtskritik insgesamt aufzufassen, die – ich wiederhole mich – Gegenwartskritik und nicht Zukunftsmalerei sein will. Die Frage, wie das gegenwärtige Strafrecht beschaffen ist und in welchem Verhältnis es zur kapitalistischen Produktionsweise bzw. der warenproduzierenden Gesellschaft steht – ich erinnere an den Begriff der Ausbeutung, der durch das Strafrecht seinem ökonomischen Ursprung, dem Produktionsverhältnis, entrissen wird –, ist von der Frage, wie mit Gewalttätern nach der Überwindung des Strafrechts umzugehen ist, vollkommen verschieden. Das bedeutet nicht, dass letztere Frage keine Berechtigung hätte. Insbesondere ist es Paschukanis selbst, der sich diese Frage regelmäßig stellt, wenn er das weiter unten zu besprechende Konzept der technischen Regel speziell für das Strafrecht andenkt. Die Plausibilität der technischen Regel als Alternative zu Recht und Strafrecht ist allerdings von der Kritik an Strafrecht und Strafrechtstheorie unabhängig und beide Gedankengänge sind getrennt voneinander zu beurteilen.

Was gewinnen wir nun aus der Konfrontation von Paschukanis' Strafrechtstheorie mit Kelsens Einwänden im Hinblick auf den Begriff der Strafrechtsform? Paschukanis hält den Geschädigten für die reale Grundlage des abstrakt verletzten öffentlichen Interesses. Normativistisch lässt sich dieser Gedanke umkehren: Es ist nicht die konkrete Verletzung eines Menschen, sondern die abstrakte Verletzung des öffentlichen Interesses in der tatbestandsmäßigen Unrechtstat, im Normbruch, die sich in den realen Figuren des Geschädigten und Angeklagten manifestiert. ¹¹⁴ Im Strafrecht wird die Übertretung einer Rechtsnorm »als autonomes Problem und als Problem für sich« gegenständlich. ¹¹⁵ Der Strafprozess, so könnte man sagen, dreht sich weniger um diese konkreten Figuren, sondern mehr um den Angriff auf

112 Bung, »Geheimnisse der gesellschaftlichen Formen«, S. 57; siehe auch Harms, *Warenform und Rechtsform*, S. 62.

113 Kelsen, *The Communist Theory of Law*, S. 102. Siehe zu diesem Vorwurf Kelsens auch 3.4.2.

114 Diese Interpretation geht jedoch über Kelsen hinaus, der die Rechtsordnung als in sich geschlossenes Normensystem begreift und einen Normbruch daher im Grunde ausschließt. Vgl. hierzu auch Somek, *The Legal Relation*, S. 63.

115 Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 204.

die staatliche Rechtsordnung, die in diesem Sinne als übergeordnetes, eigentliches Opfer des Deliktes auftritt. Und in dieser Hinsicht verschiebt sich der Fokus weg vom Strafrecht als inhaltliches Instrument zur Aufrechterhaltung des Partikularinteresses der herrschenden Klasse hin zur Aufrechterhaltung des Allgemeininteresses der staatlichen Zwangsordnung.

Dies sollte aber nicht missverstanden werden: Weiter oben haben wir die ideologische Vorstellung vom Recht als Regelungsinstrument offengelegt und die Performativität der Rechtsform, das heißt ihren Beitrag zur Setzung und Reproduktion der gesellschaftlichen Wirklichkeit unter den Bedingungen kapitalistischer Warenproduktion, festgestellt. Dasselbe gilt für den Bereich des Strafrechts, der vielleicht am stärksten dazu neigt, als Ordnungsinstrument und gesellschaftliches Korrektiv wahrgenommen zu werden. Doch ist das Strafrechtssystem, wie Lagasnerie schreibt, nicht so sehr als »Antwort auf die Kriminalität« zu verstehen.¹¹⁶ Stattdessen lenkt das Strafrecht im Besonderen ganz so wie die Rechtsform im Allgemeinen unseren Blick auf das verantwortliche und schuldige Individuum, auf das abstrakte, isolierte Rechtssubjekt.

3.3 Ethische Form und Rechtsform

3.3.1 *Moral als Kategorie des Warentausches bei Paschukanis*

Der vorliegende Abschnitt behandelt die Moral unter dem systematischen Überbegriff eines alternativen Ordnungssystems. Paschukanis tut dies implizit, indem er in seinem sechsten Kapitel »Recht und Sittlichkeit« die Moral zur Funktionsbedingung der kapitalistischen Produktionsweise erhebt und gleichzeitig die Moral aus den Produktionsverhältnissen, genauer: die »ethische Idee der Gleichwertigkeit menschlicher Persönlichkeit [...] aus der praktischen Angleichung aller Arten menschlicher Arbeit aneinander« herleitet.¹¹⁷ Das wechselseitige Bedingungsverhältnis zwischen Moral, Recht und Ökonomie fasst er als *Momente* einer im Warentausch manifesten Totalität.¹¹⁸ Die Kritik der Moral bei Paschukanis ist ihrem Anspruch nach Kritik der Moral schlechthin bzw. die metaethische Reflexion darauf, was es überhaupt heißt, moralisch zu urteilen bzw. in der *Form* der Moral zu handeln und zu denken.¹¹⁹

116 Lagasnerie, *Verurteilen*, S. 172.

117 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 151 [S. 132].

118 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 152 [S. 133].

119 Titus Stahl, *Einführung in die Metaethik*, Stuttgart: Reclam 2013, S. 13: »das Thema der Metaethik« ist die »Frage, was wir *tun* und was wir *meinen*, wenn wir moralisch urteilen«.

3.3.1.1 Das »dreieinige Subjekt«¹²⁰

Bislang war das wechselseitige und gleichursprüngliche Bedingungsverhältnis zwischen egoistisch wirtschaftendem Subjekt und Rechtssubjekt – mit ihrer Vermittlung im und des Staates – Gegenstand der Untersuchung. Im sechsten Kapitel von *Allgemeinen Rechtslehre und Marxismus* ergänzt Paschukanis den Funktionszusammenhang kapitalistischer Produktion um das »moralische Subjekt«, das er als »gleichwertige Persönlichkeit« charakterisiert.¹²¹ »Alle drei nicht weiter aufeinander reduzierbaren [...] Bestimmungen drücken die Gesamtheit der zur Realisierung des Wertverhältnisses notwendigen Bedingungen aus«¹²² bzw. sie sind »die drei wichtigsten Charaktermasken, unter denen der Mensch in der warenproduzierenden Gesellschaft auftritt.«¹²³ Dabei steht Paschukanis implizit dagegen, die Moral als *Prinzip*, das heißt unabhängig von den konkreten historischen Bestimmungen zu entwickeln und stellt sich auch hier in die Tradition Marx', Recht und Moral als zwei Seiten einer Medaille zu betrachten.¹²⁴ Dagegen steht etwa eine an Kant anknüpfende Rechtstheorie, die das Rechtsverhältnis aus dem moralischen Verhältnis herleitet.¹²⁵

Aus der »Hartnäckigkeit«, mit der »das menschliche Denken im Laufe der Jahrhunderte [...] zum Satz von der Gleichheit der Menschen zurückgekehrt ist« schließt Paschukanis darauf, dass die Moral als die

120 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, 158 [139].

121 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 151 [S. 132].

122 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 151 [S. 132f.].

123 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 151 [S. 134]. Was den Begriff der »Charaktermaske« angeht, so könnte die Menschenfreundlichkeit dieses Ausdrucks in Zweifel gezogen und daher womöglich besser mit einem alternativen Ausdruck, etwa der »Rolle« ersetzt werden. Nun scheint mir gerade die »Rolle« der menschenunfreundliche Ausdruck zu sein, denn die »Rolle« will *gespielt* werden, verlagert also das Gewicht auf die subjektive Seite, den Menschen selbst. Demgegenüber betont die »Charaktermaske« die unabwendbare Notwendigkeit der *Form*, in der sich Menschen innerhalb der warenproduzierenden Gesellschaft begegnen und die gerade nicht – wie die Rolle – so einfach abgelegt werden kann. Die »Charaktermaske« sollte daher nicht als Urteil über den Menschen, sondern als Urteil über die Verhältnisse, in denen er sich befindet, gelesen werden; *diese* sind menschenunfreundlich, nicht aber der Begriff.

124 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 151 [S. 133]. So auch Wolfgang F. Haug, »Marx, Ethik und ideologische Formbestimmtheit von Moral«, in: Emil Angehrn/Georg Lohmann (Hg.), *Ethik und Marx*, S. 41f.

125 Vgl. dazu Somek, *The Legal Relation*, S. 121, der davon spricht, dass die »legal relation« mit Notwendigkeit aus der »moral relation« emergiert.

Lehre dieser gleichwertigen Persönlichkeit Ausdruck eines objektiven gesellschaftlichen Verhältnisses sein muss.¹²⁶ Dieses Verhältnis liegt in der Reduktion der konkreten menschlichen Arbeit auf abstrakt menschliche Arbeit überhaupt. Ähnlich wie Alfred Sohn-Rethel das »abstrakte Denken« auf die Wertform zurückführt,¹²⁷ will, so scheint es, Paschukanis den »Universalismus der ethischen Form« aus der »Indifferenz« des Kapitals, das heißt aus der Gleichgültigkeit des Kapitals gegenüber der Bestimmtheit menschlicher Arbeit herleiten.¹²⁸ Daher bezeichnet er auch die Kantische Ethik als die »reinste und vollendetste Gestalt der Ethik überhaupt«,¹²⁹ die im Verallgemeinerungsanspruch des Kategorischen Imperativs kulminiert. Die Universalität des Universalitätsanspruchs selbst unterzieht Paschukanis einer kritischen Betrachtung. Der Kategorische Imperativ sei kein »gesellschaftlicher [hier im Sinne von natürlicher; L.L.O.] Instinkt, denn die wichtigste Bestimmung dieses Imperativs ist, dort wirksam zu sein, wo keinerlei natürliche, organische, überindividuelle Motivierung möglich ist.«¹³⁰ Nur dort also, wo die Individuen zu ihrem Egoismus gezwungen sind, bedarf es überhaupt der Fiktion eines solchen korrigierenden Instrumentariums, über das sie mit dem Allgemeininteresse als dem Allgemeinwohl in Beziehung treten. Wie zuvor gezeigt wurde, bedarf es dazu jedoch nicht der moralischen Verpflichtung, denn die egoistisch wirtschaftenden Subjekte sind zugleich als bürgerliche Individuen – in der Gestalt des *citoyen* – auf die Sphäre des Allgemeinen als ihre Reproduktionsbedingung verwiesen. Das egoistische Interesse steht notwendig mit dem Allgemeininteresse in Beziehung, emergiert aus ihm.¹³¹

So hat auch, wie Paschukanis Kautsky paraphrasiert, die Selbstzweckformel des Kategorischen Imperativs nur dort einen Sinn, »wo der Mensch praktisch zum Mittel für einen anderen Menschen gemacht werden kann« und gemacht werden *muss*.¹³² Bürgerliche Moral ist in

126 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 153 [S. 134f.].

127 Siehe Alfred Sohn-Rethel, »Warenform und Denkform. Versuch über den gesellschaftlichen Ursprung des »reinen Verstandes««, in: ders., *Warenform und Denkform. Aufsätze*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1971, S. 101–128.

128 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 156 [S. 138]. Siehe zum Begriff der Indifferenz Lohmann, *Indifferenz und Gesellschaft. Eine kritische Auseinandersetzung mit Marx*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1991.

129 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 154 [S. 136]. Die Kantische Ethik als die bürgerliche Ethik *par excellence* darzustellen, ist zumindest in dieser Pauschalisierung ein gewisses marxistisches Vorurteil, das eine tiefergehende Untersuchung der Kantischen Philosophie unter dem Aspekt der »Bürgerlichkeit« nicht ersetzen kann.

130 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 155 [S. 136].

131 Siehe auch Gruber/Ofenbauer, »Der Wert des Souveräns«, S. 16.

132 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 157 [S. 139].

diesem Sinne stets *Heuchelei*, weil sie eine Handlung verlangt, die der gesellschaftlichen Wirklichkeit radikal widerspricht: »Das sittliche Pathos ist mit der Unsittlichkeit der gesellschaftlichen Praxis unlösbar verbunden und nährt sich von ihr.«¹³³ Mit dieser durchaus frappierenden These steht Paschukanis jedoch nicht alleine da, im Gegenteil mündet der Entwicklungsgang der Moralität sowohl in Hegels *Grundlinien der Philosophie des Rechts* als auch in seiner *Phänomenologie des Geistes* in Heuchelei; und dies mit einer unumgänglichen Notwendigkeit. Die Selbstverkehrung der Moralität in Heuchelei wird bei Hegel noch als Bewegung der Selbstaufhebung gedacht, die jedoch wiederum dem Begriff der Moralität zutiefst entspricht. In der Heuchelei bricht eine Tendenz der Moralität, zulasten des Objektiven in die reine Verinnerlichung zu kippen, endgültig durch.¹³⁴

Die eine Seite der Moral besteht für Paschukanis demzufolge darin, die Korrektur bürgerlicher Verhältnisse, das heißt aber auch die Verantwortung für das allfällige Scheitern *an* den bürgerlichen Verhältnissen, ins Innere zu verlagern – in dieser Funktion gleicht die Moral der bürgerlichen Psychologie –,¹³⁵ womit er im Ansatz bereits eine Kritik am neoliberalen Ideologem der »Selbstverwirklichung« andenkt.¹³⁶ Resch und Steinert fassen die bürgerliche Moral auf ganz ähnliche Weise als die ideologische Verkehrung der bürgerlichen Konkurrenzgesellschaft:

Daher müssen Tugenden der Mäßigung und der Selbstbeherrschung gepflegt werden, auch der gegenseitigen Anerkennung, obwohl man sich wirtschaftlich an die Kehle geht oder das zumindest möchte.¹³⁷

Damit eröffnet sich auch die Auseinandersetzung mit der Frage danach, welche Produktionsweise »welche ›Arbeitsmoral‹ (wer warum wie und gegen welche – nicht nur finanzielle – Entlohnung arbeiten soll) [...] braucht, wie die[se] hergestellt wird und wie sich die Betroffenen dazu verhalten.«¹³⁸ Die kapitalistische Produktionsweise fußt dabei wesentlich auf *Disziplin*.

133 Ebd.

134 Ich behandle den Begriff der Moralität und die Bewegung der Selbstaufhebung in die Heuchelei detailliert in meinem Beitrag in Linda Lilith Obermayr/Alexander Somek (Hg.), *Hegel in Wien. Eine Ringvorlesung zu Hegels Rechtsphilosophie am Wiener Juridicum*, Wien: Verlag Österreich (erscheint Ende 2022).

135 Vgl. hierzu Albert Krölls, *Kritik der Psychologie. Das moderne Opium des Volkes*, Hamburg: VSA 2016.

136 Vgl. auch Held, *Die Psychologie des bürgerlichen Individuums*, München: Gegenstandspunkt 2002, S. 12, wo die Moral als die »Form« begriffen wird, in der sich »die Individuen an der bürgerlichen Herrschaft abarbeiten, um sie auszuhalten«.

137 Resch/Steinert, *Kapitalismus*, S. 173.

138 Resch/Steinert, *Kapitalismus*, S. 104.

Wenn die Mehrwertproduktion als »Zeitverhältnis« zu fassen ist,¹³⁹ dann erfordert die rechtliche oder sozialgesetzgeberische Begrenzung der Zeit auf ein bestimmtes Maß einen straffen, das heißt disziplinierten Zeitplan. Es sei nur, um dem Mythos der humanisierenden Wirkung des Kapitalismus auch an dieser Stelle entgegenzutreten, darauf hingewiesen, dass diese Disziplin nicht bloß einer zwar ideologisch bestimmten, jedoch freien Haltung entspringt, sondern auch systematisch gewaltförmig eingefordert wird.¹⁴⁰

An diesem Punkt tritt die zweite Seite der Moral in Erscheinung, die darin besteht, dass das moralische Subjekt dasjenige als selbstbestimmte Handlung aus innerer Überzeugung setzt, wozu es in der objektiven Wirklichkeit immer schon gezwungen ist.¹⁴¹ Das Problem am bürgerlichen als moralisches Subjekt ist nicht, wie Bayer im Anschluss an Menke und Hannah Arendt schreibt, dass in ihm eine *innere* Spaltung zwischen einem herrschenden (handelnden) Teil und einem diesem unterworfenen Teil besteht, gegenüber welcher die bürgerliche Subjektivität als fiktive, ideologische, *bloße* Einheit zu bestimmen wäre.¹⁴² Vielmehr sind es die *äußeren* Herrschaftsverhältnisse, die als *inneres* Herrschaftsverhältnis vorgestellt und verzerrt werden, bzw. es ist die äußere Dynamik der Interessengegensätzlichkeit, die zum inneren moralischen Konflikt stilisiert wird. Dies bezieht sich wiederum einerseits auf die ökonomischen Zwänge der kapitalistischen Produktionsweise – das heißt den Egoismus des privat wirtschaftenden Subjekts –, andererseits auf die konkreten Vorschriften des positiven Rechts, denen das moralische Subjekt als Rechtssubjekt zwangsweise unterworfen ist.

Paschukanis verweist darauf, dass sich die Beispiele für den Kategorischen Imperativ bei Kant (»du sollst nicht lügen«, »du sollst nicht töten«, »du sollst nicht stehlen« etc.) »restlos auf Äußerungen bürgerlicher Wohlanständigkeit [reduzieren]«. ¹⁴³ Nun ist es gerade die Pointe der Hegel'schen Kritik am Kategorischen Imperativ, diesen als rein formales Prinzip auszuweisen, der daher jeglichen Inhalt zum moralischen Gebot erheben kann.¹⁴⁴ Denn damit der Kategorische Imperativ überhaupt ein

139 Reitter/Hanloser, *Der bewegte Marx*, S. 60.

140 Vgl. Reitter/Hanloser, *Der bewegte Marx*, S. 48; Gerstenberger, *Markt und Gewalt*, S. 17.

141 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 155 [S. 137].

142 Bayer, *Tragödie des Rechts*, S. 153.

143 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 155 [S. 137]. So auch Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, Stuttgart: Reclam 2000, S. 41f.: »Wenn man die konkreten Beispiele untersucht, mit denen Kant die Anwendung seines kategorischen Imperativs zu illustrieren versucht, muß man feststellen, daß es durchwegs Vorschriften der traditionellen Moral und des positiven Rechts seiner Zeit sind.«

144 Hegel, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften*, in: *Werke* Bd. 2, S. 435–530.

Gesetz aussprechen kann, muss er etwas *setzen*, das den Inhalt dieses Gesetzes ausmacht; dabei ist die Form, die im Kategorischen Imperativ dieser gesetzten Bestimmtheit übergestülpt wird, die Allgemeinheit.¹⁴⁵ Nur aus dieser gesetzten Bestimmtheit erwächst dann die innere Widersprüchlichkeit eines Gesetzes, die seine Verallgemeinerungsfähigkeit unterläuft, bzw. das Paradox, dass »ein solches Prinzip als Gesetz sich selbst vernichten würde«. ¹⁴⁶ Dieses Setzen einer Bestimmtheit als unhinterfragte Voraussetzung manifestiert sich etwa im Beispiel des erlogenen Darlehens, das Kant für den Kategorischen Imperativ anführt:

Denn die Allgemeinheit eines Gesetzes, daß jeder, nachdem er in Not zu sein glaubt, versprechen könne, was ihm einfällt, mit dem Vorsatz, es nicht zu halten, würde das Versprechen und den Zweck, den man damit haben mag, selbst unmöglich machen, indem niemand glauben würde, daß ihm was versprochen sei, sondern über alle solche Äußerungen als eitles Vorgeben lachen würde.¹⁴⁷

Die Selbstaufhebung dieses Prinzips als allgemeines praktisches Gesetz ist an die Existenz eben des Darlehens gebunden, die dessen gesetzte Bestimmtheit ist, sodass das Wirken der praktischen Vernunft auf die Produktion von Tautologien beschränkt ist.¹⁴⁸ Denn ob nun die Existenz oder die Nichtexistenz des Darlehens oder des Eigentums gesetzt wird, »dies ist völlig unbestimmt und frei« und bezieht sich auf das *Außerhalb* der reinen praktischen Vernunft.¹⁴⁹ Die Entscheidung aber, welche der beiden entgegengesetzten Bestimmtheiten – Eigentum oder Nichteigentum, Darlehen oder Nichtdarlehen – als Ausgangspunkt der Formulierung des Kategorischen Imperativs genommen wird, ist immer »schon vorher geschehen«, ¹⁵⁰ sodass die Prüfung einer Maxime am vorweg gesetzten Maßstab als tautologisch zu qualifizieren ist. Gerade weil aber jede handlungsleitende Bestimmung bzw. inhaltliche Konkretion des Kategorischen Imperativs ein »von außen« hereingenommener Stoff ist, ist

145 Hegel, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, S. 461.

146 Hegel, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, S. 462.

147 Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Stuttgart: Reclam 2016, S. 55f.

148 Hegel, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, S. 463; entweder ist Moralität daher »Redundanz« oder, wie Comay in Anlehnung an Hegel schreibt, »Unmöglichkeit«, denn »[m]oralisch zu sein bedeutet, genau die Prämissen von Moralität als solcher zu untergraben« (Comay, *Die Geburt der Trauer*, S. 185).

149 Hegel, *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*, S. 462f.

150 Ebd.

die Bestimmung der Pflicht *heteronom*.¹⁵¹ Von diesem Standpunkt aus ist, so Hegel in Übereinstimmung mit der im ersten Kapitel entwickelten immanenten Kritik, »keine immanente Pflichtenlehre« möglich.¹⁵²

Die Kritik an Kant lässt sich jedoch noch allgemeiner ansetzen: Weil Kants praktische Philosophie immer Ethik ist, sein Begriff des Praktischen daher auf den Bereich des Moralischen reduziert ist, vollzieht sich für Kant der »Ausgang aus der selbstverschuldeten Unmündigkeit« stets als »Revolution in dem Inneren des Menschen«. ¹⁵³ Mit Andreas Gelhard stellt sich daher die Frage, ob es sich angesichts der Verlagerung der praktischen Befreiung »in die individuelle Lebensführung [...] überhaupt noch um ein politisches Programm handeln kann«. ¹⁵⁴

In diesem Sinne ist auch Paschukanis' Kritik an der Kantischen Moralphilosophie zu verstehen: »Die ethischen Lehren erheben für sich den Anspruch, die Welt zu ändern und zu verbessern, während sie tatsächlich nur ein verzerrtes Spiegelbild eines Aspekts dieser wirklichen Welt waren«. ¹⁵⁵ In der Selbstzweckformel komme nur der Egoismus des privat wirtschaftenden Subjekts zum Ausdruck, allerdings in verdrehter Form. Diese »Zweideutigkeit der ethischen Form« führe dazu, dass »[e]ine Handlung, die die wirkliche und einzig reale Verkörperung des ethischen Prinzips ist, [...] zugleich auch die Verneinung dieses Prinzips [enthält]«. ¹⁵⁶ Ausbeutung ist der legitime Ausdruck der widersprüchlichen Lehre vom Menschen als Selbstzweck, denn in der Mehrwertproduktion ist sich der doppelt freie Lohnarbeiter nur selbst Zweck, und gleichzeitig ist er in radikaler Weise nur das Mittel für den fremden Zweck der Mehrwertproduktion. Zugleich muss er sich auch diesen fremden Zweck aneignen, da dieser genauso – in der Dialektik von *bourgeois* und *citoyen* – die Voraussetzungen für den Zweck des eigenen Fortkommens ist: So ist die doppelt freie Lohnarbeit in doppelter Weise als Selbstzweck tätig.

151 Menke, *Autonomie und Befreiung*, S. 27. So schreibt auch Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, S. 251, § 134: »Weil das Handeln für sich einen besondern Inhalt und bestimmten Zweck erfordert, das Abstraktum der Pflicht aber noch keinen solchen enthält, so entsteht die Frage: *was ist Pflicht?*«.

152 Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, S. 252, § 135 Anmerkung. Zur Bedeutung der Immanenz für Hegels Kantkritik siehe auch Menke, *Autonomie und Befreiung*, S. 30.

153 Kant, *Der Streit der Fakultäten*, in: *Akademieausgabe. Gesammelte Schriften* Bd. VII, Hg. v. der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, Berlin: De Gruyter 1902, S. 229; Gelhard, *Skeptische Bildung*, S. 114f.

154 Gelhard, *Skeptische Bildung*, S. 115.

155 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 158 [S. 139].

156 Ebd.

3.3.1.2 Verinnerlichung von Herrschaft: Der Moralfetisch

Dem dreieinigen Subjekt entspricht nun ein dreifacher Fetischcharakter oder eine dreifaltige Ideologie. So lässt sich im Anschluss an den Begriff des Rechtsfetischismus von einem *Moralfetisch* oder einem *ethischen Fetisch* sprechen,¹⁵⁷ denn in der Moral als falsches Bewusstsein erscheinen die realen Widersprüche zwischen »Individuellem und Sozialem, zwischen Privatem und Allgemeinem« als universelle Widersprüche der Spezies Mensch, »die ihre privaten Bestrebungen nur in der absurden und mystifizierenden Form des Warenwertes als soziale Bestrebungen [das heißt als moralische Handlung; L.L.O.] betrachten [kann]«. ¹⁵⁸ Diese Verinnerlichung von Herrschaft oder die Verwandlung äußerer Zwänge in den inneren Akt der Freiheit fasst schon Hegel deutlich, wenn er von der »teilweise[n] Knechtschaft unter einem innerlichen Gesetze, de[m] Selbstzwang der Kantischen Tugend« spricht.¹⁵⁹ Moral als Selbstgesetzgebung ist daher immer auch Selbstknechtung,¹⁶⁰ Selbstzwang, Internalisierung von Herrschaft, deren Herrschaftscharakter auch nicht durch die Identität von Herrscher und Beherrschtem aufgehoben wird.¹⁶¹ Auch bei Lukács finden wir diesen Gedanken: »Alle Gegensätze und Widersprüche in der bürgerlichen Gesellschaft der Wirklichkeit reduzieren sich nun auf den Gegensatz des sinnlichen und des moralischen Menschen«, ¹⁶² erscheinen als Konflikt zwischen Neigung und Pflicht, Egoismus und Altruismus, zwischen Einzelem und Allgemeinem.¹⁶³ Dabei entsprechen

157 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 158 [S. 140]; siehe auch Comay, *Die Geburt der Trauer*, S. 183, die den Begriff des (Moral-) Fetisches folgendermaßen fasst: »Moralität stützt ihre eigene abgrundtiefe Leere durch ein imaginäres System von ergänzenden Postulaten, die so funktionieren, wie es alle Fetische tun – sie verbergen den Riss, den sie heimlich anerkennen«. Der Riss ist die Selbstknechtung, die asketisch anerkannt und genossen wird (Comay, *Die Geburt der Trauer*, S. 181f., S. 185f., S. 193) und in der Stilisierung in einen Akt absoluter Freiheit verkehrt wird.

158 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 166 [S. 147f.].

159 Hegel, *Der Geist des Christentums und sein Schicksal*, S. 359; vgl. auch Gruber/Ofenbauer, »Der Wert des Souveräns«, S. 16.

160 Siehe auch Menke, *Autonomie und Befreiung*, S. 54; Gelhard, *Skeptische Bildung*, S. 284.

161 Unter diesem Aspekt verlangt auch die unhinterfragte Geltung der Demokratie als ideale Staatsform eine kritische Betrachtung, denn sie ist genau darin Ideal, dass Herrscher und Beherrschte identisch sind, das Herrschaftsverhältnis an sich jedoch nicht reflektiert wird.

162 Lukács, *Der junge Hegel* Bd. I, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1973, S. 247.

163 Siehe auch Bayer, *Tragödie des Rechts*, S. 74, die die Moral genauso wie den Staat zur Sphäre des öffentlichen Rechts zählt. Im Sinne einer Sphäre des Allgemeinen gegen das Einzelne ist dieser Zuordnung zuzustimmen.

die zwei Parameter der Moralität, das Handeln zum Zwecke des Allgemeinwohls wie auch die wechselseitige Anerkennung als Freie und Gleiche, den Anforderungen und Gesetzen der warenproduzierenden Gesellschaft,¹⁶⁴ ohne jedoch reduktionistisch damit zusammenzufallen. In diesem Sinne ist die Moralität eben selbständiges *Moment* in der Totalität des dreieinigen Subjekts.

3.3.1.3 Von Lämmern und Raubvögeln: Exkurs zu Nietzsche

Auf welche Weise sich diese ideologische Verkehrung äußeren Zwangs in einen Akt der Selbstbestimmung in der »Psychologie des bürgerlichen Individuums«¹⁶⁵ vollzieht, wird in der Betrachtung eines Aspekts von Friedrich Nietzsches Moralkritik noch klarer. Soweit Nietzsche in *Zur Genealogie der Moral* die »Desillusionierung überlieferter Illusionen« betreibt bzw. den »Nachweis eines falschen Bewußtseins« führt,¹⁶⁶ kann er im Hinblick auf unsere Moralkritik ergänzend herangezogen werden.¹⁶⁷ Soweit er hingegen eine universelle psychische Qualität des Menschen unterstellt, das heißt die Moral nicht auf die gesellschaftlichen Verhältnisse zurückführt und folglich stets im moralischen Diskurs verharret – Otfried Höffe schreibt, Nietzsches Moralkritik sei nicht »rundum destruktiv«, sondern selbst moralisch motiviert –¹⁶⁸ müsste umgekehrt Nietzsche um einen Materialismus ergänzt werden. Für unsere Zwecke soll Nietzsches Ansatz daher als ein *ideologiekritischer*, nicht aber als ein selbst moralischer Ansatz fruchtbar gemacht werden, der natürliche psychologische Muster als Prinzipien postuliert.

In *Zur Genealogie der Moral* schreibt Nietzsche, dass das (moralische) Subjekt immer schon »jene sublimale Selbstbetrügerei [der Schwachen und Niedergedrückten jeder Art; L.L.O.] ermöglichte, die Schwäche

164 Vgl. auch Gruber/Ofenbauer, »Der Wert des Souveräns«, S. 16.

165 Vgl. zu diesem Ausdruck das gleichnamige Werk Held, *Die Psychologie des bürgerlichen Individuums*, wo es weniger – wie bei Nietzsche ursprünglich intendiert – um die Psychologie als solche, sondern mehr um die Bewusstseins- und Gedankenwelt, ja um das stets die objektive Wirklichkeit rechtfertigende Weltbild des bürgerlichen Individuums geht.

166 Otfried Höffe, »Einführung in Nietzsches ›Genealogie der Moral‹«, in: ders. (Hg.), *Zur Genealogie der Moral. Klassiker Auslegen* Bd. 29, Berlin: Akademie 2004, S. 9, S. 4.

167 Auch Comay setzt Nietzsches »Sklavenmoral« unmittelbar mit Hegels Kritik an der Kantischen Moral in Verbindung, siehe dazu Comay, *Die Geburt der Trauer*, S. 179.

168 Höffe, »Einführung in Nietzsches Genealogie der Moral«, S. 9.

selbst als Freiheit, ihr So- und So-sein als Verdienst auszulegen«. ¹⁶⁹ Das ist, so Nietzsche, die wesentliche Bestimmung der gegenwärtigen Moral, die aus dem »Sklavenaufstand in der Moral« hervorgegangen ist und sich in Abhebung zu bzw. in Überwindung der »Herrenmoral« als »Sklaven-Moral« entwickelt hat. ¹⁷⁰ In einer etymologischen Bestimmung des »Guten« über Begriffe wie »edel«, »vornehm«, »privilegiert« kommt bereits jene Unterscheidung zum Ausdruck, die den »Sklavenaufstand« evoziert; denn die Bedeutung des »Guten« entwickelte sich stets parallel zu jener des »Schlechten«, welches aus dem »Niedrigen«, »Gemeinen«, »Pöbelhaften« hervorgeht. Diese ständische Moral konstituierte sich in dem Sinne spontan aus sich heraus, dass sich »der politische Vorrangs-Begriff [...] in einen seelischen Vorrangs-Begriff auslöst«, ¹⁷¹ ihr Begriff des »Guten«, ihre seelische Überlegenheit also aus ihrer Überlegenheit an Macht oder Besitz abgeleitet ist. ¹⁷² Das »Schlechte« hingegen ist stets nur als *ihr* Gegenteil, *ihr* negatives Pendant, *ihr* Abglanz, *ihr* »nachgebornes blasses Contrastbild« bestimmt. ¹⁷³ Gegen diese »aristokratische Werthgleichung« richtet sich nun der »Sklavenaufstand in der Moral«, in dem »das Ressentiment selbst schöpferisch wird und Werthe gebiert«. ¹⁷⁴

Die »Sklaven-Moral« konstituiert sich negativ über eine Abhebung zu ihrem Anderen, zum »bösen Feind«, zum »Schlechten«, von dem aus sie »sich als Nachbild und Gegenstück nun auch noch einen ›Guten‹ ausdenkt – sich selbst!« ¹⁷⁵ Die »Sklaven-Moral« ist daher im wahrsten Sinne des Begriffes sklavisch, das heißt *abhängig* von einem »Anderen«, durch dessen Negation sie sich bestimmt; sie ist die Verkörperung der Hegel'schen *bestimmten Negation* im Bereich des Moralischen. Sie ist aber zugleich darin sklavisch par excellence, dass sie in dieser Form der

169 Friedrich Nietzsche, *Zur Genealogie der Moral*, in: *Sämtliche Werke. Kritische Studienausgabe in 15 Bänden* Bd. 5, Hg. v. Giorgio Colli/Mazzino Montinari, München: dtv 2012, S. 281; in Folge mit GM zitiert.

170 Nietzsche, GM, S. 268, S. 270.

171 Nietzsche, GM, S. 264.

172 Weil Nietzsche den moralischen Diskurs selbst nicht verlässt, sieht er an diesem Punkt nicht, dass auch die Spontaneität der Bildung der »Herren-Moral« in Wahrheit vermittelt ist. Denn die Macht- und Herrschaftsposition, aus der die »Herren-Moral« unmittelbar hervorgehen soll, ist selbst in Abhebung zum Sklaven bestimmt, das heißt letztlich in ihrer Selbständigkeit durch die sklavische Unselbständigkeit unterminiert. Diesen Gedanken finden wir in Hegels Herr-Knecht-Dialektik: »Die *Wahrheit* des selbständigen Bewußtseins ist demnach das *knechtische Bewußtsein*.« (Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, S. 152).

173 Nietzsche, GM, S. 271.

174 Nietzsche, GM, S. 267, S. 270.

175 Nietzsche, GM, S. 274.

Selbstbestimmung die unendliche Affirmation der eigenen Unterlegenheit und Schwäche ist. Aus der Einsicht in die Schwäche folgt nun aber die Hinzudichtung eines freiheitlichen Bekenntnisses zur Schwäche, die »unvermeidliche, unablösbare Wirklichkeit« wird in dieser sklavischen Wertgleichung als »freiwillige Leistung, etwas Gewolltes, Gewähltes, eine That, ein Verdient« ausgedrückt.¹⁷⁶ Die »Sklaven-Moral« verleiht der radikalen Wirklichkeit der eigenen Unterdrückung eine moralische Wertigkeit, sie *rechtfertigt* sie in diesem ihrem Sinnordnungsbedürfnis. Das konkretisiert Nietzsche in der Umkehrung der Werte, in der »Ohnmacht« zur »Güte«, »ängstliche Niedrigkeit zur »Demuth«, »Unterwerfung vor Denen, die man hasst, zum »Gehorsam«, »das Sich-nicht-rächen-Können« zum »Sich-nicht-rächen-Wollen«, zur »Verzeihung« wird.¹⁷⁷ So kann auch für die bürgerliche Moral formuliert werden: Der zwanglose Zwang zur Lohnarbeit wird umgedichtet in Fleiß, die Besitzlosigkeit in Bescheidenheit, die Weisungsgebundenheit und Fremdbestimmtheit in Gehorsam usf.¹⁷⁸

3.3.1.4 Die Abschaffung der ethischen Form

Moral ist in diesem Sinne kein Instrument einer die Verhältnisse transzendierenden Kritik, sondern ein Modus der Bejahung und Legitimierung des *status quo* von Unterdrückung,¹⁷⁹ den sich selbst die »Opfer« oder die »negative Größe« dieser Produktionsweise, das heißt die eigentumslose Klasse, angeeignet haben.¹⁸⁰

Die Moral als Ideologie zu begreifen, heißt mit Paschukanis in erster Linie, die Einsicht in den »historischen Ursprung dieser Formen« zu ermöglichen,¹⁸¹ nicht aber die Nietzscheanische Umkehrung der Werte zu vollziehen. Die Kritik des moralisch Guten ist nicht die Affirmation des moralisch Schlechten,¹⁸² sondern die Sprengung des moralischen Dis-

176 Nietzsche, *GM*, S. 280.

177 Nietzsche, *GM*, S. 281.

178 Siehe hierzu auch die beiden Vorträge Decker, *Moral*, <https://www.youtube.com/watch?v=GmTJ-MMrdsM> (Zugriff: 16.04.22), und Rolf Röhrig, *Moral II*, <https://www.youtube.com/watch?v=foJ8ErfKj0> (Zugriff: 17.04.2022).

179 So lesen wir auch bei Hegel, *Wissenschaft der Logik I*, S. 148: »Die Kantische und Fichtesche Philosophie gibt als den höchsten Punkt der Auflösung der Widersprüche der Vernunft das *Sollen* an, was aber vielmehr nur der Standpunkt des Beharrens in der Endlichkeit und damit im Widerspruche ist.« Zur Hegel'schen Kritik an der Sein-Sollen-Dichotomie siehe schon 1.4.

180 Vgl. auch Steinert/Resch, *Kapitalismus*, S. 101f., S. 104.

181 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 161 [S. 143].

182 So auch Hegel, *Wissenschaft der Logik I*, S. 147, der polemisch schreibt:
»Diejenigen, welche das Sollen der Moral so hoch halten und darin, daß

kurses überhaupt,¹⁸³ sohin insbesondere die Verabschiedung der *moralisierenden Kritik* und der *kritisierenden Moral*.¹⁸⁴ Amoralismus ist kein Immoralismus, antimoralischer Marxismus ist kein Stalinismus.¹⁸⁵ Inwieweit moralisches Handeln und Urteilen aber als anthropologische Konstante zu begreifen oder gar inwieweit moralisches Handeln selbst moralisch zu beurteilen ist, wird durch Paschukanis nicht berührt. Gerade weil die Moral aber in einem solch engen Verhältnis zu den Fetischen und Formen von Recht, Staat und Wert steht,¹⁸⁶ muss es zur »Abschaffung der ethischen Form überhaupt« kommen.¹⁸⁷

Interessant ist, dass Paschukanis im Hinblick auf die Moral bzw. die ethische Form nicht beim *Absterben* verharret, sondern explizit vom aktiven Prozess der *Abschaffung* spricht. Im zweiten Kapitel wurde gezeigt, dass selbst die geschichtsdeterministische Konnotation des *Absterbens* Paschukanis' Theorie zuwiderläuft und im Sinne eines Befreiungsprozesses zu interpretieren ist. Gleichwohl springt die terminologische Abweichung in diesem Zusammenhang ins Auge, sodass die Frage zu stellen ist, ob die *Abschaffung* der Moral vom *Absterben* des Rechts verschieden ist. Die Betonung des aktiven Moments in der Übergangsphase zum Kommunismus rührt wohl aus einer Kritik an den Implikationen einer »proletarischen Moral« bei Lenin.¹⁸⁸ Gegen den Leninistischen Instrumentalismus einer »proletarischen Moral«, die ganz wie im Austromarxismus einen »Neuen Menschen« (Max Adler) und eine proletarische Leitkultur

das Sollen nicht als Letztes und Wahrhaftes anerkannt wird, meinen, daß die Moralität zerstört werden solle«; vgl. auch Paul Boghossian, *Angst vor der Wahrheit. Ein Plädoyer gegen Relativismus und Konstruktivismus*, Berlin: Suhrkamp 2013, S. 54; Decker, *Moral* und Röhrig, *Moral II*. Vgl. hingegen Loick, *Juridismus*, S. 185: »Seine eigene [Nietzsches] Rechtskritik ist vielmehr an Idealen orientiert, die mit denjenigen von Hegel und Marx nicht nur nicht übereinstimmen, sondern ihnen sogar direkt zu widersprechen scheinen: Begriffe wie Trennung, Absonderung, Entfremdung oder Entzweiung haben für Nietzsche ihren skandalösen Charakter vollkommen verloren«.

183 Dagegen offenbar Gruber/Ofenbauer, »Der Wert des Souveräns«, S. 17, Fn. 7, die mit Ulrich Kohlmans Begriff der »Dialektik der Moral«, die sich auf Adornos Moralkritik bezieht, die Moralkritik so verstanden wissen wollen, dass diese die Moral nicht gänzlich aufgibt, sondern die Frage nach der Moralität der Moral selbst stellt.

184 Vergleich MEW 4, S. 331–359.

185 So auch Allen W. Wood, »Marx' Immoralismus«, in: Emil Angehrn/Georg Lohmann (Hg.), *Ethik und Marx*, S. 33, wenngleich der Titel des Aufsatzes den gegenteiligen Schluss nahelegt.

186 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 161 [S. 142].

187 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 158 [S. 140].

188 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 160 [S. 142].

definieren sollte,¹⁸⁹ argumentiert Paschukanis zunächst formkritisch: Mit der Überwindung der ethischen Form entzieht sich die Moral überhaupt der Funktion eines alternativen Ordnungssystems, sodass die Möglichkeit eines Bestehens der Moral in der Form einer proletarischen Moral ausgeschlossen ist. Wenn die ethische Form als solche ideologisch ist, dann kann auch »[d]er Klasseninhalt der Ethik [...] an sich nicht ihre Form [vernichten]«,¹⁹⁰ das heißt selbst die proletarische Moral – deren einseitige Bestimmung jedenfalls autoritäre Züge hätte – wäre *als* Moral noch *Form* und Rest der bürgerlichen Gesellschaft.

So beharrt Paschukanis darauf, dass auch eine proletarische Moral nicht von den bürgerlichen Fetischen befreit ist,¹⁹¹ dies schon gar nicht, wenn ihr die banale Formel »Moralisch verpflichtend ist, was für die Klasse nützlich ist« zugrunde liegt,¹⁹² die Paschukanis als Pendant zum Kategorischen Imperativ formuliert:

Die Regel »handle so, daß du deiner Klasse den größtmöglichen Nutzen bringst«, wird der Formel Kants ganz gleichklingen: »handle so, daß die Maxime deines Willens jederzeit zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne.«¹⁹³

Darin, so paraphrasiert Paschukanis die Verfechter einer proletarischen Moral – etwa Lenin und Trotzki –, scheint zunächst »nichts Mystisches und Übernatürliches [zu sein], da das Nützlichkeitsprinzip einfach und vernünftig ist«. ¹⁹⁴ Auffällig ist, dass sowohl Harms¹⁹⁵ als auch Arndt¹⁹⁶ wie auch Bloch¹⁹⁷ und im Anschluss an diesen Neupert¹⁹⁸ diese *kritische*

189 Siehe hierzu etwa Lenin, *Über kommunistische Moral*, Berlin: Dietz 1965, S. 39, S. 96ff., S. 150, wo in arbeitsfetischistischer Manier Werte wie Fleiß, Disziplin, Mut für moralisch gut, weil für die Errichtung einer kommunistischen Gesellschaft förderlich, befunden werden.

190 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 160 [S. 141].

191 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 159 [S. 140].

192 Ebd.

193 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 159 [S. 141].

194 Ebd.

195 Harms, *Warenform und Rechtsform*, S. 155.

196 Arndt, »Rechtsform gleich Warenform?«, S. 49.

197 Bloch, *Recht, Moral, Staat*, Pfullingen: Neske 1971, S. 38.

198 Neupert, *Staatsfetischismus*, S. 125ff. Hieran kann die Bedeutung korrekter Zitation abgelesen werden, denn Neupert zitiert Paschukanis »Die Klassenmoral des Proletariats befreit sich ja schon jetzt von allen Fetischen« und setzt, ohne dies zu markieren, das *D* als Großbuchstaben. Im Original hingegen ist der zitierte Satz grammatisch ein Nebensatz der folgendermaßen eingeleitet wird: »Aber, wird man mir erwidern, die Klassenmoral...«. Paschukanis paraphrasiert hier explizit die »Moral seiner [des Proletariats] Avantgarde«, das heißt die durch eine Parteienelite bestimmte Nützlichkeit im Hinblick auf sich als Vertreterin des Proletariats.

Paraphrase eines klassenmäßigen Utilitarismus fälschlicherweise als *Vorschlag* für ein alternatives Ordnungssystem verstehen. Daran anknüpfend vermissen die Autoren nicht nur eine moralphilosophische Abwägung der Zweck-Mittel-Frage in der Überwindung der kapitalistischen oder Durchsetzung der kommunistischen Gesellschaft, sondern sehen in diesem Punkt einen »einseitigen Kollektivismus«¹⁹⁹, das Auflösen der Individualität im »Säurebad des Kollektivs«²⁰⁰ oder gar die »Streichung der Moral durch Klassenidentität«²⁰¹.

Tatsächlich schreibt Paschukanis davon, »daß die Grenzen des Ichs sozusagen verwischt werden«,²⁰² und vom »sozialen Menschen der Zukunft, der sein Ich im Kollektiv aufgehen läßt und darin die größte Genugtuung und den Sinn des Lebens findet«.²⁰³ Isoliert betrachtet scheinen die Formulierungen unter das Urteil vom radikalen Kollektivismus zu fallen.²⁰⁴ Unter Berücksichtigung ihrer kontextuellen Einbettung und des sonstigen, oftmals metaphorischen und pathetischen Schreibstils kann dies nicht mehr ohne weiteres behauptet werden. Es sei nur daran erinnert, wie das metaphorische Bild des »in den Himmel versetzten Warenbesitzers« zu einer Reihe von Fehlinterpretationen in der Rezeptionsgeschichte geführt hat. Die Formulierung des »im Kollektiv aufgehenden Ichs« muss ebenso beurteilt werden: Es ist völlig unbegründet, genau jene Formulierung negativ hervorzuheben, die eine Parallele zu realhistorischen Gräueltaten zulässt, und jene Formulierung, die im Gegenteil den Charakter des Marx'schen »Vereins freier Menschen« nahelegen,²⁰⁵ außeracht zu lassen.²⁰⁶ So schreibt Paschukanis unmittelbar vor der entsprechenden Formulierung von der »Entwicklung einer neuen, höheren, harmonischeren Form der Beziehung zwischen Persönlichkeit und Kollektiv«.²⁰⁷ Eine *Beziehung* bedarf aber zweier selbständiger Momente und nicht die Reduktion des einen auf das andere. Als Bolschewik bezieht sich Paschukanis selbstkritisch auf das moralische Sollen innerhalb des »klassenmäßige[n] Kollektivs« des Proletariats – in das sich laut Arndts Interpretation alle Ichs auflösen sollen –, welches als realpolitisches Instrument zur Durchsetzung der Parteiinteressen fungiert.²⁰⁸ Das

199 Neupert, *Staatsfetischismus*, S. 126.

200 Arndt, »Rechtsform gleich Warenform?«, S. 49.

201 Bloch, *Recht, Moral, Staat*, S. 38.

202 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 159 [S. 141].

203 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 160 [S. 142].

204 So auch Harms, *Warenform und Rechtsform*, S. 155.

205 MEW 23, S. 92.

206 So auch Bung, »Geheimnisse der gesellschaftlichen Formen«, S. 51.

207 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 160 [S. 142]. Siehe auch S. 161 [S. 143], Fn. 5, wo von »anderen, höheren Formen der Beziehung zwischen Individuum und Kollektiv« die Rede ist.

208 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 160 [S. 141].

Ich kann sich nicht in das Kollektiv auflösen, weil das Kollektiv selbst, diese Allgemeinheit, Gegenstand seiner Kritik am Moralfetisch ist: »Es versteht sich von selbst, daß eine klassenlose Ethik in einer von Klassenkämpfen zerrissenen Gesellschaft nur in der Einbildung, nicht aber in der Praxis existieren kann.«²⁰⁹ Es sei nur nebenbei darauf hingewiesen, dass Arndts Kritik an an Paschukanis' kollektivistischen Formulierungen – und es ist eine Kritik an einzelnen Formulierungen – ebenso gegen Hegel gerichtet sein müsste, wenn wir etwa eine Passage aus dem Selbstbewusstseins-Kapitel der *Phänomenologie des Geistes* isoliert betrachten:

Hiermit ist schon der Begriff *des Geistes* für uns vorhanden. Was für das Bewußtsein weiter wird, ist die Erfahrung, was der Geist ist, diese absolute Substanz, welche in der vollkommenen Freiheit und Selbständigkeit ihres Gegensatzes, nämlich verschiedener für sich seiender Selbstbewußtsein[e], die Einheit derselben ist; *Ich*, das *Wir*, und *Wir*, das *Ich* ist.²¹⁰

Mir geht es hier nicht darum, Paschukanis als Vordenker einer Anerkennungstheorie zu stilisieren oder ihn diesbezüglich in eine Tradition zu Hegel zu stellen. Es geht lediglich darum zu zeigen, dass eine Einheit von Ich und Wir nicht implizit totalitär ist, sondern die »Einheit seiner selbst in seinem Anderssein« möglich wird.²¹¹

Paschukanis sollte hier jedoch auch nicht in dem Sinne missverstanden werden, dass er in der Gegenüberstellung eine *Gleichstellung* mit der philosophischen Autorität Kant zu erreichen oder das eigene theoretische Schaffen vermittelt einer Analogie zu Kants Imperativ zu legitimieren versucht, wie Arndt fälschlicherweise annimmt.²¹² Es sollte demgegenüber der Tatsache mehr Beachtung geschenkt werden, dass Paschukanis in der Gegenüberstellung ausgerechnet die Universalisierungsformel heranzieht, also jene Spielart des Kategorischen Imperativs, die sich einer explizit juristischen Terminologie bedient. Es geht Paschukanis also ganz im Gegenteil nicht um eine Gleichstellung mit Kant oder die Errichtung einer utilitaristischen Regel, sondern um eine Abhebung von Kant. Die Gegenüberstellung der eigenen Person mit Kant setzt Paschukanis daher ironisch, um einen Punkt der eigenen Theorie deutlich zu machen: Im Sozialismus existieren weder Gesetzgebung noch Gesetze.

Die Formulierung, dass in der bürgerlichen Gesellschaft wie auch in der sozialistischen Übergangsgesellschaft »noch nicht alles auf den

²⁰⁹ Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 159f. [S. 141f.], Fn. 4.

²¹⁰ Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, S. 145.

²¹¹ Ebd.

²¹² Dies vertritt wohl Arndt, wenn er sich darüber empört, dass Paschukanis seinen Imperativ »allen Ernstes als im Gleichklang mit Kants Formulierung stehend hält« (Arndt, »Rechtsform gleich Warenform?«, S. 49).

Menschen selbst reduziert ist«,²¹³ ist auch nicht, wie Arndt schreibt, die »Abstraktion von der Individualität, dem Ich, der Persönlichkeit, zugunsten eines sozial funktionierenden Wesens«,²¹⁴ sondern bezieht sich auf die Entmystifizierung der gesellschaftlichen Formen Ware, Recht, Staat, Moral durch ihre Überwindung. Aus diesem Grund ist Paschukanis ein vehementer Kritiker nicht nur eines »proletarischen Rechts«, sondern auch einer »proletarischen Moral«, da damit die ideologischen *Formen* nicht überwunden, eine »vom ideologischen Nebel befreite Vorstellung vom historischen Ursprung dieser Formen« nicht möglich ist.²¹⁵ Genau darin liegt aber das Ziel seiner Rechtstheorie, nämlich den Menschen die Charaktermaske der Rechtssubjektivität abzunehmen und ihnen ihre allseitigen sozialen Beziehungen *als solche* begreifbar zu machen. Die Verschmelzung des Individuums mit der Klasse kann im Sinne eines Bewusstwerdungsprozesses als die Konstitution der *Klasse für sich* gedeutet werden. Dass der eigene Vorteil mit dem Vorteil der Klasse identisch wird, bezieht sich darüber hinaus auf das egoistische Privatinteresse, dass sich ja tatsächlich in der Überwindung der kapitalistischen Produktionsweise auflöst. Jedoch setzt Paschukanis das egoistische Privatinteresse gerade *nicht* identisch mit der Individualität des Menschen,²¹⁶ es ist im Gegenteil die bürgerliche Gesellschaft, die diese Identifikation äußerlich erzwingt. Mit dem Begriff eines allgemeinen Zwecks hängt auch das Konzept der technischen Regel zusammen, das weiter unten behandelt wird.

Was die utilitaristische Zweck-Mittel-Abwägung anbelangt, so sieht darin etwa Harms »die Gefahr, ganz andere als von Paschukanis ins Auge gefasste Maßnahmen legitimieren zu müssen«,²¹⁷ Unabhängig davon, dass dies – ich wiederhole mich – nicht Paschukanis' Position ist, sondern Paschukanis' *Kritik* an einer solchen Position, ist ein solcher Einwand ein rhetorischer Kunstgriff im Schopenhauerschen Sinne der *Kunst, recht zu behalten*. So besteht ein Standardeinwand gegen den Marxismus nicht nur in der selbst utopischen Forderung der Darstellung einer alternativen Gesellschaftsordnung, sondern insbesondere in der Frage, ob die Umwälzung der Gesellschaft mit *allen* Mitteln, das heißt insbesondere gewaltsam erfolgen dürfe. Die Notwendigkeit der Gewalt würde dieser Logik zufolge die Legitimität des Marxismus überhaupt in Frage stellen. Doch die Frage, ob der Zweck die Mittel heilige, stellt sich für die bestehende Ordnung nie, denn sie wickelt *ihre* Zweck-Mittel-Abwägung tagespolitisch ab und setzt folglich täglich die Legitimation der

213 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 159 [S. 141].

214 Arndt, »Rechtsform gleich Warenform?«, S. 48f.

215 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 160 [S. 143].

216 So aber Harms, *Warenform und Rechtsform*, S. 156.

217 Ebd.

Mittel für *ihre*, als geltend vorausgesetzte Zwecke durch. Die Gewalt und die Opfer – von der Ausbeutung der Arbeitskraft bis hin zur Ausbeutung der sogenannten »Dritten Welt«, die Rechtfertigung militärischer Interventionen und erzwungener *regime changes* als Kampf um die Demokratie und die nukleare Aufrüstung entgegen völkerrechtlichen Abrüstungsverträgen usw. – die zur Aufrechterhaltung der kapitalistischen Gesellschaftsordnung und der geopolitischen Interessen des Westens erforderlich sind bzw. für welche sie *Mittel* sind, entziehen sich in der Sekunde der Fragestellung jedem Angriff. Die Zweck-Mittel-Abwägung wird im Diskurs der etablierten Ordnung durch einen Notwendigkeitsverweis ersetzt. So kann das Stellen der Gretchenfrage nur aus der Machtposition der etablierten Ordnung heraus erfolgen, welche die Beantwortung sogleich ihren eigenen Maßstäben unterwirft und dann *verwirft*. Das Stellen der Frage ist wie eine Beweislastumkehr, in der sich die Seite, die die Frage stellt, *uno actu* immunisiert bzw. der Gegenfrage oder der Erforderlichkeit eines Gegenbeweises entzieht.

Letztlich erfüllt die Moral und das heißt auch die abschließende Beantwortung einer solchen Zweck-Mittel-Abwägung in diesem Fall wieder nur die ideologische Funktion einer Rechtfertigung des *status quo*. Vielleicht kann mit Trotzki dieser Punkt verdeutlicht werden: »Die Probleme der revolutionären Moral sind mit den Problemen der revolutionären Strategie und Taktik verbunden. Die korrekte Antwort auf diese Frage gibt die lebendige Erfahrung der Bewegung im Licht der Theorie.«²¹⁸ Im Grunde liegt darin auch ein wesentliches Moment der Hegel'schen Kritik an Kant, dass die Moral genuin mangelhaft bleibt, so sie sich nicht als moralische Praxis veräußert und in dieser ihrer Veräußerung dann freilich nicht mehr Moral ist.²¹⁹ Folgende Metapher Hegels, in der dieser die Kantische Transzendentalphilosophie kritisiert, veranschaulicht den Gedanken: »Erkennen wollen aber, *ehe* man erkenne, ist ebenso ungereimt als der weise Vorsatz jenes Scholastikus, *schwimmen* zu lernen, *ehe er sich ins Wasser wage*.«²²⁰

Die klassenmäßige Logik in einem solchen »Utilitarismus der Arbeiterklasse« geht nun,²²¹ so Paschukanis, aus zweierlei Gründen nicht auf: Zum einen müsste sich die ethische Form, insofern sie sich die klassenmäßige Logik einverleibt, aufheben, denn die Rede von moralischen Pflichten, von Moral überhaupt, wird überfällig, wenn der Kommunismus tatsächlich erreicht ist, wenn der »Vorteil der Klasse tatsächlich mit

218 Leo Trotzki, *Ihre Moral und unsere*, 16. Februar 1938, <https://www.marxists.org/deutsch/archiv/trotzki/1938/moral/moral.htm> (Zugriff: 17.04.2022).

219 Somek, »Liberalism and the Reason of Law«, *Modern Law Review* 2021/84 (2), S. 408f.; Comay, *Die Geburt der Trauer*, S. 185.

220 Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften I*, S. 54, § 10 Anmerkung.

221 Harms, *Warenform und Rechtsform*, S. 155.

dem persönlichen Vorteil identisch wird«,²²² Der zweite Grund betrifft Paschukanis' durchaus ambivalentes Verhältnis zur Leninistischen Vorstellung einer proletarischen Moral in der Übergangsperiode. Aus strategischen Überlegungen heraus wird sich, so räumt Paschukanis ein, das Proletariat in der Übergangsperiode der Moralform im eigenen Klasseninteresse bedienen müssen,²²³ womit jedoch keine inhaltliche Anpassung der Moral im Sinne einer proletarischen oder gar eigenständigen revolutionären Moral – wie bei Trotzki – im Kommunismus gemeint ist. Die Formen Moral, Recht und Staat sind nicht in der Lage, »sich in der Richtung ihrer Durchdringung mit sozialistischem Inhalt weiter [zu] entwickeln«. ²²⁴

Trotz seiner Kritik an der proletarischen Moral spricht Paschukanis vom »sozialen Menschen der Zukunft« und »einer neueren, höheren, harmonischeren Form der Beziehung zwischen Persönlichkeit und Kollektiv«, einer »Sittlichkeit im weiteren Sinne als die Entwicklung höherer Formen der Menschlichkeit, als die Umwandlung des Menschen in ein Gattungsgeschöpf«, deren Entfaltung er ausdrücklich als keine »rein ideologische oder pädagogische« Aufgabe fasst.²²⁵ Inwieweit Paschukanis damit dem eigenen Anspruch, eine fundamentale Kritik der Moralform zu liefern, gerecht wird oder gar die Amoralität »nur ein Synonym für eine höhere menschliche Moral ist«, ²²⁶ muss an dieser Stelle fraglich bleiben. Wesentlich ist jedoch, dass die Moral in Form moralischer Kritik oder kritischer Moral in der Erkenntnis der politischen Ökonomie und des bürgerlichen Rechts schnell an ihre Grenzen stößt.²²⁷

Weil sein Fokus nicht auf der Skizzierung des zukünftigen »Vereins freier Menschen« liegt, könnte man meinen, Paschukanis verharre in den wenigen einschlägigen Formulierungen in einer Sprache, die durch Marx und Engels durchaus selbstkritisch als »Religiöse Tändelei« bezeichnet wird.²²⁸ Schlagworte wie Gattung, Humanität, Menschheit weisen sie als »religiös-überschwengliche[, allen Sinn umnebelnde[] Bilder[]«, als »pomphafte Etiketten« aus und markieren daher ihre praktische Bedeutung im rhetorischen Spiel.²²⁹ Gleichwohl referiert Paschukanis auf den Begriff des Gattungswesen, der in Marx' frühen

222 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 159 [S. 141].

223 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 161 [S. 142f.].

224 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 161 [S. 143].

225 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 160 [S. 142], S. 161 [S. 143], Fn. 5.

226 Trotzki, *Ihre Moral und unsere*.

227 Für den Versuch, Momente einer Marxschen Ethik aus seiner Entfremdungstheorie und der Überwindung der Lohnarbeit zu gewinnen, sei auf Reiter, *Prozesse der Befreiung*, S. 197–247, insbesondere S. 220, S. 234ff. verwiesen.

228 MEW 4, S. 12.

229 MEW 4, S. 14.

Schriften von zentraler Bedeutung ist. Dabei beginnt er mit einer Paraphrase künftiger Kritiker:

Bedeutet dies etwa [das Absterben der ethischen Form], daß es »in der Zukunftsgesellschaft keine Sittlichkeit geben wird?« Mitnichten, wenn man die Sittlichkeit im weiteren Sinne als die Entwicklung höherer Formen der Menschlichkeit, als die Umwandlung des Menschen in ein Gattungsgeschöpf auffaßt.²³⁰

Das Gattungswesen ist bei Marx keine essentialistische Festlegung eines Menschen an sich, sondern das Gegenstück zum entfremdeten *bürgerlichen Individuum*,²³¹

der Mensch, wie er durch die ganze Organisation unserer Gesellschaft verdorben, sich selbst verloren, veräußert, unter die Herrschaft unmenschlicher Verhältnisse und Elemente gegeben ist, mit einem Wort, der Mensch, der noch kein *wirkliches* Gattungswesen ist.²³²

Ich denke, es ist entscheidend, die Prädikation der Verhältnisse als »unmenschliche« nicht im obigen Sinne religiöser Tändelei, sondern wortwörtlich als *un*-menschlich, das heißt als *dingliche*, ideologisch verkehrte zu verstehen.²³³

Paschukanis ist kein Denker der Utopie oder des Ideals, seine Rechtslehre beschränkt sich im Wesentlichen auf die kritische Analyse von »spezifischen Formen moralischen Bewußtseins und moralischen Verhaltens«,²³⁴ sodass er auch nicht die Formulierung einer Alternative *schuldig* bleibt.²³⁵ Der Kommunismus als Ideal ist weder Maß einer Kritik der Wirklichkeit noch *telos* einer schicksalhaften Entwicklung der Geschichte; seine einzige Bestimmung ist die des »Vereins freier Menschen« oder, wie Paschukanis es formuliert, eine »Form gesellschaftlicher Verhältnisse, wo [...] alles auf den Menschen selbst reduziert ist«,²³⁶ wo also keinerlei ideologische Formen die soziale und ökonomische Interaktion der Menschen vermitteln. Die Ausgestaltung dieses Zustandes bzw. seiner konkreten »Sittlichkeit« obliegt den Menschen, die ihn errichten,

230 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 181 [S. 143], Fn. 5.

231 Vgl. auch MEW I, S. 366.

232 MEW I, S. 360.

233 Dieser Ansicht müsste auch Allen Wood sein, der in seinem Aufsatz »Marx' Immoralismus« schreibt, »daß sowohl Marx Empörung über die Unmenschlichkeit der kapitalistischen Unterdrückung wie auch seine Bewunderung für proletarische Revolutionäre sich am besten als vollständig nichtmoralische Einstellungen begreifen lassen.« (Wood, »Marx' Immoralismus«, S. 27).

234 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 161 [S. 143], Fn. 5.

235 So kritisiert etwa Harms, *Warenform und Rechtsform*, S. 156, dass Paschukanis dem »Individualismus der Warengesellschaft nur die Alternative eines abstrakten Kollektivismus an[bietet]«.

236 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 159 [S. 141].

selbst und kann nicht aus dem Absterbens-Theorem deduktiv abgeleitet werden.²³⁷ Jenseits der realpolitischen und paternalistischen Implikationen der Lehre vom »Neuen Menschen« im Austromarxismus scheint mir Adler diesen Gedanken einer »Reform des Bewußtseins« präzise zu formulieren:²³⁸

Ganz anders der Mensch, der zum Selbstbewußtsein erwacht ist. Er kann gewiß nicht mit einem Male all das Alte aufheben und die Fesseln zerbrechen, die ihn in das Traditionelle, Mechanische, »ewig Geistige« verstrickt halten. [...] Im Geiste die Schranken niederzureißen, die den Menschen zu einem apathischen Opfer überlebter Gewalten machen, ist der erste und unerläßliche Schritt, um diese Schranken auch im äußeren Leben, in Staat und Gesellschaft wegzufegen. Und dazu führt kein anderer Weg als dieses Selbstbewußtsein in sich hervorzurufen und stark zu erhalten.²³⁹

Von einer Deduktion konkreter Prinzipien des Zusammenlebens aus dem Absterbens-Theorem geht allerdings Kelsen aus, der die Marx'sche Gesellschaftstheorie als moralische qualifiziert und gerade in ihrem Verwerfen der Moral die Proklamation letzter sozialer, nämlich kommunistischer Ideale erkennt.²⁴⁰

3.3.2 Von der Verflochtenheit zum Dualismus von Recht und Moral

3.3.2.1 Die Ideologie der Revolution als sozialistische Ethik

Eine kritische Ergänzung erfährt die Vorstellung einer proletarischen Moral überdies durch Kelsen, der in der Ideologie der Revolution einen Rückfall in die moralische Rechtfertigung des Rechts entdeckt:

Gewiß, die Theoretiker dieses proletarischen Rechts geben es nicht für ein natürliches oder göttliches Recht, sie geben es nicht oder doch nicht direkt für die Gerechtigkeit aus. Aber sie bedienen sich einer neuen Ideologie, die der alten an rechtfertigender Kraft nichts nachgibt. Es ist die Ideologie der Revolution.²⁴¹

Erneut wird deutlich, dass Kelsen den Begriff der Ideologie in engem Zusammenhang mit einer (ethischen) Legitimation des Rechts denkt,

²³⁷ So auch Bung, »Geheimnisse der gesellschaftlichen Formen«, S. 51.

²³⁸ MEW I, S. 345; nach diesem Max Adler, *Neue Menschen. Gedanken über sozialistische Erziehung*, Berlin: E. Laub 1926, S. 206.

²³⁹ Adler, *Neue Menschen*, S. 208f.

²⁴⁰ Kelsen, *The Communist Theory of Law*, S. 42.

²⁴¹ Kelsen, »Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung«, S. 95.

anhand derer er auch die proletarische Ersatzideologie entspinnt. Die Revolution sei im postkapitalistischen System bzw. im postkapitalistischen real existierenden Sozialismus der Sowjetunion »nichts anderes als ein höchster sozialer Wert«, ²⁴² damit bestehe aber wiederum eine immanente Parallele zur naturrechtlichen Legitimierung über den Gerechtigkeitsbegriff. In dieser nämlich gilt zwar die Gesellschaftsordnung nur dann als Rechtsordnung, wenn sie den Maßstäben der Fiktion einer universell und absolut gültigen Gerechtigkeitsnorm entspricht, aber »daß die eigene staatliche Zwangsordnung Recht sei, wird als selbstverständlich vorausgesetzt«. ²⁴³ Denn eine derartige Rechtstheorie artikuliert sich ja bereits *als* Theorie des Rechts der eigenen Rechtsordnung, die als ihre selbst gesetzte Voraussetzung uneingeholt bleibt. Der Umkehrschluss ist dann freilich ebenso gültig: »Da aber die eigene Zwangsordnung Recht ist, muß sie, der These zufolge, auch moralisch sein.« ²⁴⁴ Ebenso operiere, so Kelsen, die proletarische Rechtstheorie mit dem Begriff der Revolution: Die eigene Zwangsordnung ist aus der revolutionären Umstürzung der vorhergehenden Verhältnisse erwachsen und damit im Sinne der Ideologie der Revolution als legitim vorausgesetzt. Jede nachfolgende Revolution gegen diese neue Ordnung wird »als Gegenrevolution aus dem Wertbereich gestoßen«, ²⁴⁵ die eigene Ordnung damit immunisiert. Die rein formale Bedeutung der Revolution als Diskontinuität oder Umbruch erhält auf diese Weise einen ethisch-politischen Wert. Kelsen kritisiert damit genau die mangelhafte Selbstreflexion in der blinden Anwendung proletarischer oder revolutionärer Moral, die auch Paschukanis vor Augen hat. Allerdings muss Kelsens Gedanke um den umgekehrten Fall erweitert werden, nämlich die Frage nach der Legitimität des *status quo* der bestehenden Ordnung, der jede gegen sie gerichtete Revolution als korrumpiert gilt.

3.3.2.2 Moral und radikale Normativität

Auch Kelsen geht es in der *Reinen Rechtslehre* nicht um die Bestimmung des Wesens der Moral bzw. des moralischen Urteilens und auch nicht um die Diskussion konkreter moralischer Inhalte, das heißt bestimmter Werte oder Tugenden. Für seine weitere Argumentation behandelt Kelsen die Moral schlicht als Konglomerat sozialer Normen, ²⁴⁶ welche auf

²⁴² Kelsen, »Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung«, S. 96.

²⁴³ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 71.

²⁴⁴ Ebd.

²⁴⁵ Kelsen, »Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung«, S. 96.

²⁴⁶ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 60.

das gegenseitige Verhalten der Menschen gerichtet und – im Gegensatz zum Recht – nicht mittels staatlich organisierten Zwangs durchsetzbar sind.²⁴⁷ Die Moral nicht unter dem Gesichtspunkt ihrer konkreten inhaltlichen Ausgestaltung, sondern als soziale Norm zu begreifen, heißt auch bei Kelsen, die Moral als *Form* zu analysieren:

Das, was allen möglichen Moralsystemen notwendigerweise gemeinsam ist, ist nichts anderes, als daß sie soziale Normen, das heißt Normen sind, die ein bestimmtes Verhalten von Menschen [...] gegenüber anderen Menschen statuieren, das heißt als gesollt setzen. Was allen möglichen Moralsystemen gemeinsam ist, ist ihre Form, das Sollen, der Normcharakter.²⁴⁸

Im Anschluss an folgende Formulierung Kelsens, die an den Kantischen Moralitätsbegriff anknüpft, möchte ich eine recht spekulative Interpretation anstellen, aus der auch aus Kelsens Theorie so etwas wie ein Moralfetisch ableitbar wird:

Nur ein Verhalten vorzuschreiben, das allen Neigungen oder egoistischen Interessen der Normunterworfenen entspricht, wäre überflüssig, da die Menschen ihren Neigungen folgen oder ihre egoistischen Interessen zu verwirklichen suchen, auch ohne dazu verpflichtet zu sein.²⁴⁹

Was auf den ersten Blick wie eine Binsenweisheit klingt, möchte ich als eine ganz entscheidende Erkenntnis für die Herrschaftsfunktionalität der Moral rekonstruieren, die im Grunde bereits im Begriff des *Sollens* selbst liegt.²⁵⁰ Denn was sein *soll, ist* noch nicht und widerspricht daher dem Ist-Zustand. Die Radikalität dieses Widerspruches geht allerdings in der Versöhnung des moralischen Urteils als Handeln aus Pflicht verloren. Die Moral aus einer *Pflicht* gegen sich selbst abzuleiten, ist, wie Kelsen schreibt, eigentlich »psychologisch unmöglich«,²⁵¹ weil jedem moralischen Urteil schon aus seinem *Handlungscharakter* heraus die Entscheidung *für* die Moral zugrunde liegt.²⁵² Das moralische Urteil bzw. die Freiheit, moralisch zu urteilen, ist für den Pflichtcharakter die unhintergehbare Schranke. Moral als radikales Sollen zu verstehen, das sich nicht im moralischen Urteil aufhebt, muss daher in Bezug auf eine entgegengesetzte äußere Wirklichkeit verstanden werden, die sich explizit *gegen* das egoistische Interesse

247 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 64.

248 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 67.

249 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 62.

250 Für die Hegel'sche Kritik am Begriff des Sollens siehe erneut 1.4.

251 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 63.

252 Inwieweit Kelsen hier Kant in dem Sinne missversteht, dass ein Handeln aus Pflicht durch ein gleichzeitiges Handeln aus Neigung bzw. inwieweit die primäre Handlungsmotivation der Pflicht durch eine unterschwellige, aber nicht handlungswirksame Motivation aus Neigung korrumpiert würde, ist eine andere Frage.

richtet. In der gewöhnlichen Vorstellung der Moral als eine natürliche Eigenschaft des Menschen,²⁵³ die dem innersten Wesenskern des Menschen, der Allgemeinheit des allgemein Menschlichen entspringt, geht diese Radikalität des *Sollens* ebenfalls verloren, denn der Widerspruch zwischen Sollen und Sein besteht nicht, wenn die Moral immer schon in uns walten würde. Anders formuliert begreift die gewöhnliche Vorstellung die Moral eben nur vom Standpunkt der Innerlichkeit aus und blendet die *äußere* Wirklichkeit, auf die sich das Sollen negativ bezieht, aus.

Interessant ist, dass Kelsen »egoistische Interessen« mit »Neigung« synonym setzt, denn es verrät, dass auch Kelsens Auseinandersetzung mit der Moral vor dem Hintergrund der bürgerlichen Gesellschaft stattfindet. Die Moral, so sie im Sinne einer solchen radikalen Normativität verstanden wird, postuliert daher ein Verhalten, das nicht bloß mit den persönlichen Neigungen konfligiert, sondern im Widerspruch zu den Interessen der gesellschaftlichen Ordnung insgesamt steht. Anders formuliert bildet die Moral dann nicht nur einen inneren Konflikt, sondern den äußeren Interessenkonflikt der bürgerlichen Gesellschaft ab. Nur in diesem äußeren Widerspruch kann sich die Radikalität des Sollens, die Radikalität einer entgegengesetzten Wirklichkeit erhalten. Allerdings auf eine Weise, die diese soziale Ordnung gleichzeitig stützt, weil sie, so Kelsen, auch der Übereinstimmung mit einem äußeren, als gültig vorausgesetzten moralischen Gesetz bedarf.²⁵⁴

Was Kelsen hier beiläufig als Kant-Interpretation abhandelt, kann im Wesentlichen als alternative Formulierung des Moralfetisches rekonstruiert werden: Die Reduktion auf die Innerlichkeit der Moral ist schon ideologisch, weil sie die Dimension des äußeren Bezugs zur etablierten sozialen Ordnung, das heißt ihre historisch und gesellschaftlich kontingente Einbettung verschleiert. Und dies auch noch auf eine Weise, in der die äußeren Zwänge und Widersprüche als innere Pflicht, das heißt aber als Akt der Freiheit stilisiert werden. Dieser Fetisch ist realer Schein, denn die moralische Urteilsfreiheit *ist* die unhintergehbare Schranke, über die keine innere Pflicht hinweggehen kann. Weil Kelsen daher die Kantische Trennung von Moralität und Legalität bzw. von Moral und Recht entlang der Grenze einer Regelung des inneren und des äußeren

253 Selbstverständlich nährt sich das allgemeine Verständnis von Moral aus dem Kantischen Moralitätsbegriff, insofern spiele ich mit der Moral als natürliche Eigenschaft des Menschen auf die praktische Vernunftfähigkeit an. Allerdings bedürfte dieser Punkt einer viel weitgehenderen Beschäftigung, die an dieser Stelle nicht geleistet werden kann.

254 An diesem Punkt fallen bei Kelsen die Kantischen Begriffe von Moralität und Legalität eigentlich zusammen (siehe auch Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 63, Fn **), weil er die Beurteilung der moralischen Qualität aus dem Motiv der Handlung für einen falschen Reduktionismus hält, der um eine äußere Entsprechung mit anderen Moralnormen zu erweitern ist.

Verhaltens aufhebt,²⁵⁵ muss er die Differenz über das Element des Zwanges, genauer des gesellschaftlich organisierten Zwanges spielen.

Kelsen behandelt nun die Moral in zweifacher Hinsicht: Einerseits in ihrem geltungstechnischen Verhältnis zum Recht, andererseits in ihrem methodischen Verhältnis zur Rechtswissenschaft. Die erste Hinsicht betrifft die klassische Geltungsfrage des Rechts, die in einem Werterelativismus endet: daraus möchte ich 1. die *regressive* Konsequenz einer Aufbewahrung der Moral ziehen. Die zweite Hinsicht betrifft die Frage, ob die Wirklichkeit eines Gegenstandes oder aber sein Gesolltsein der wissenschaftlichen Betrachtung zugrunde gelegt wird. Sie endet im unmittelbaren Wirklichkeitsbezug des Positivismus, woraus ich 2. die *progressive* Konsequenz einer Behandlung der Wirklichkeit gegen das Postulat eines *Sollens* ziehen möchte.

3.3.2.3 Die klassische Interpretation des Werterelativismus und die Aufbewahrung der Moral

Die sogenannte Trennungsthese ist Dreh- und Angelpunkt des sich gegen naturrechtliche Rechtfertigungsstrukturen wendenden Positivismus Kelsens:

Die Forderung einer Trennung von Recht und Moral, Recht und Gerechtigkeit bedeutet, daß die Geltung einer positiven Rechtsordnung von der Geltung dieser einen, allein gültigen, absoluten Moral »der« Moral, der Moral *par excellence*, unabhängig ist.²⁵⁶

Kelsen argumentiert dabei auf zwei Ebenen: Zum einen hält er den moralischen Relativismus für die notwendige Konsequenz einer säkularisierten Weltanschauung, denn die Annahme absoluter Werte könne »nur auf Grundlage eines religiösen Glaubens an die absolute und transzendente Autorität einer Gottheit angenommen werden«. ²⁵⁷ Inwieweit mit der Gleichsetzung von Absolutem und Göttlichkeit die Erkenntnis des Absoluten aus der philosophischen Wissenschaft ausgeschlossen wird bzw. inwieweit damit die Erkenntnis von Wahrheit insgesamt verworfen wird,²⁵⁸ betrifft die andersgelagerte, schon im ersten Kapitel gestreifte Diskussion um Kelsens Neukantianismus. Letztlich entspringt der (moralische) Relativismus einer narzisstischen Skepsis gegenüber der gesam-

255 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 63. Erneut: Hier kann es nicht darum gehen, den Kantianismus von Kelsen einer kritischen Prüfung zu unterziehen.

256 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 68.

257 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 65.

258 Vgl. Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, S. 68ff.; vgl. auch Arndt, *Geschichte und Freiheitsbewusstsein*, S. 145, der Hegels Absolutheitsbegriff gegen den Vorwurf »bodenlose[r] metaphysische[r] Spekulation« verteidigt.

ten Welt und der scheinbare Radikalismus eines Zweifels gegenüber der Universalität bzw. dem Absoluten entpuppt sich als Konservatismus.²⁵⁹ Es ist abermals Hegel, der diese praktische Lähmung durch den skeptischen Zweifel des Relativismus offenbart, wenn er schreibt, dass der Skeptizismus »seine Negation nicht als etwas Positives aus[drückt]«. ²⁶⁰ Vielmehr endet dieser Relativismus in der leeren Gleichgültigkeit, in der »Abstraktion des Nichts« ²⁶¹ oder der »narzisstischen Suspendierung des Objekts« ²⁶².

Viel interessanter ist die zweite, ideologiekritische Argumentationsebene, auf der Kelsen die These vom moralischen Wesen des Rechts deswegen ablehnt, weil mit ihr notwendigerweise eine Rechtfertigung der etablierten Zwangsordnung einhergeht. Die Funktion des Postulats eines moralischen Wesens des Rechts läuft in ihrer tatsächlichen Anwendung darauf hinaus, die *eigene* Zwangsordnung als Rechtsordnung immer schon vorauszusetzen, das heißt auch immer schon zu setzen, dass sie *moralisch* sei. Demgegenüber dient das Postulat in Bezug auf alle anderen Zwangsordnungen der Delegitimierung am Maßstab der eigenen Zwangsordnung. ²⁶³ Kelsen ist damit ein Vorläufer der relativ jungen Debatte um den Kulturrelativismus oder Eurozentrismus, die sich in den Cultural Studies institutionalisiert hat und etwa in Gadammers »Horizontverschmelzung« anschaulich wird. Gleichwohl ist Kelsens Wertereativismus nicht primär auf einer kulturellen Ebene angesiedelt, sondern er zwingt zu einer radikalen Selbstkritik im umfassenden Sinne: Mit Privateigentum, Demokratie, Liberalismus, Rechtsstaatlichkeit etc. ist nicht das letzte Wort gesprochen. ²⁶⁴ Auch dieser Gedanke mag banal anmuten, doch ist er im Hinblick auf gegenwärtige Diskurse in der Sozialphilosophie, die die Demokratie als Maß der Dinge setzen, entscheidend. ²⁶⁵ Der

259 Comay, *Die Geburt der Trauer*, S. 230.

260 Hegel, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie II*, in: *Werke* Bd. 19, S. 401.

261 Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, S. 74.

262 Comay, *Die Geburt der Trauer*, S. 230.

263 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 71.

264 Ebd. So schreibt Kelsen: »Nur auf die Zwangsordnungen fremder Staaten wird der problematische Maßstab der absoluten Moral angelegt; nur diese werden, wenn sie gewissen Anforderungen nicht entsprechen, denen die eigene genüge tut, z.B. wenn sie Privateigentum anerkennen oder nicht anerkennen, demokratischen oder nicht-demokratischen Charakter haben, als unmoralisch und daher als Nicht-Recht disqualifiziert.«

265 Diese Setzung geschieht sehr häufig beiläufig, indem Verhältnisse als »antidemokratisch« kritisiert werden, »mehr Demokratie« gefordert wird oder gar ein philosophisches Theorem im Hinblick auf seine »demokratischen Tendenzen« als progressiv gewertet wird. Die dominanten Diskurse in der politischen Philosophie drehen sich etwa um die Radikale Demokratietheorie,

Fokus ist für unsere Zwecke daher weniger auf den moralischen Relativismus als philosophisches Programm,²⁶⁶ sondern mehr auf die ideologiekritische Verabschiedung einer absoluten Moral zu legen, die in ihrem praktischen Vollzug politisches Rechtfertigungsinstrument ist.

Weil Kelsen jedoch das Verhältnis von Recht und Moral ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgeltung behandelt und ihre Trennung am formalen Kriterium des Zwanges festmacht, ist ihm die Einsicht in ein Wechselverhältnis zwischen Recht und Moral, in das sich *hierin* vermittelnde Herrschaftsverhältnis nicht möglich. Mit der Position des moralischen Relativismus bricht zudem Kelsens formtheoretischer Ansatz, weil darin der vollständige Einbruch inhaltlicher Kontingenz zugelassen ist und also eine Analyse der Moral als Herrschaftsform, des moralischen Subjekts als *gleichwertiges* vereitelt. Mit der Trennungsthese ist die Herrschaftsfunktionalität der Moral auf den Bereich des Politischen beschränkt und damit für Kelsen aus dem Recht immer schon ausgeschlossen. Damit bleibt jedoch die Moral im Sinne der je konkreten »Moral-systeme« als Jenseits des Rechts bestehen und die Forderung, »daß das Recht moralisch, und das heißt: gerecht sein soll«, kann noch sinnvoll erhoben werden.²⁶⁷ Insofern ist die Moral in Kelsens Trennungsthese auch in dem doppelten Sinn »aufgehoben«, dass sie einerseits aus dem Geltungsverhältnis des Rechts ausgeschlossen, das heißt negiert ist, dass sie jedoch andererseits als positives Maß einer äußerlichen Kritik am Recht aufbewahrt ist. Kurz gesagt hebt Kelsen nicht die moralische Kritik *an sich* auf, sondern bloß ihre Funktion in der Geltungsbegründung des Rechts. Auch bleibt von der Trennungsthese die prinzipielle Funktion der Moral als Ordnungssystem unberührt. Mit Paul Boghossian lässt sich zudem ergänzen, dass sich »lokale Relativismen« wie insbesondere der Wertrelativismus immer auf die Existenz absoluter Wahrheiten verpflichten, also nicht in den infiniten Regress des globalen Relativismus münden.²⁶⁸

Dementsprechend verwundert es auch nicht, dass Kelsen sich nicht ausführlich zu Paschukanis Moralkritik äußert, ja sie im Grunde übergeht. Kelsen weist bloß auf die mangelhafte Abhebung des Begriffes der

die stark an den *Dissens* bei Chantal Mouffe und Ernesto Laclau anknüpft, oder aber die Anerkennungstheorien, die prominent in der Auseinandersetzung um Umverteilung oder Anerkennung zwischen Axel Honneth und Nancy Fraser geführt wurde.

266 Ausführlicher widmet sich Kelsens Aufsatz *Was ist Gerechtigkeit?* der Herleitung des moralischen Relativismus.

267 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 70, S. 65.

268 Boghossian, *Angst vor der Wahrheit*, S. 62; siehe zum infiniten Regress von Tatsachen höherer Ordnung Boghossian, *Angst vor der Wahrheit*, S. 61f: »Gemäß einer Theorie, die wir befürworten, gibt es eine Theorie, die wir befürworten, und dieser zweiten Theorie zufolge gibt es eine Theorie, die wir befürworten, und ... gab es Dinosaurier.«

Sittlichkeit vom Begriff der Moral hin. Die Sittlichkeit sei, weil in völliger Unbestimmtheit belassen, »eben die Ideologie[] der sozialistischen Gesellschaft«. ²⁶⁹ Weil Kelsen die Idee des Kommunismus als »expression of a social ideal, the result of a definite idea of justice« begreift und damit stellvertretend für einen dominanten Irrtum in der Marx-Rezeption steht, muss er auch bei Paschukanis die Ausgestaltung eines Sittlichkeit-sideals vermissen. ²⁷⁰ An dieser Stelle interessiert jedoch weniger die bereits oben behandelte Frage, inwieweit Paschukanis es verabsäumt, eine alternative Gesellschaftsordnung zu skizzieren oder, allgemeiner formuliert, inwieweit die Legitimität jeglicher Gesellschaftskritik an die Darstellung einer Alternative gebunden ist. Vielmehr ist interessant, dass Kelsen offenbar ein Zusammenspiel von Sittlichkeit und technischer Regel in der Zukunftsgesellschaft erkennt, welches die ideologische Verketzung von Moral und Recht in der bürgerlichen Rechtswissenschaft bzw. Naturrechtslehre reproduziert. Über die Unbestimmtheit der »Sittlichkeit« in der kommunistischen Gesellschaft und die rechtstheoretische Frage der Zweckeinheit in der technischen Regel hinaus, behandelt Kelsen in Bezug auf Marx und Engels die Frage, inwieweit der Amoralismus des Marxismus mit einer eigenen moralischen Motivation, die Kelsen fälschlicherweise aus der polemischen Stilistik herleitet, in Widerspruch steht. ²⁷¹ Fraglich bleibt bei Kelsen allerdings, inwieweit eine vermeintlich moralisch motivierte Kritik an moralischer Kritik sich selbst überhaupt unterminieren würde.

3.3.2.4 Auch eine Interpretation des moralischen Relativismus: zum Verhältnis von Moral und wissenschaftlicher Erkenntnis

Aus dem Verständnis der Moral als Ordnung sozialer Normen, die vom Recht als Ordnung von Zwangsnormen unterschieden ist, erwächst die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Moral. Dabei unterscheidet Kelsen die Frage danach, »welches das tatsächliche Verhältnis von Recht und Moral *ist*; aber auch: welches das Verhältnis zwischen beiden sein *soll*.« ²⁷² Auf der fälschlichen Vermengung dieser beiden Fragen ruht auch der Vorwurf des Immoralismus gegen Nietzsche, Marx und Paschukanis (der konsequent auch gegen Hegel als einer der prominentesten Moralitäts-Kritiker ertönen müsste): Weil sie die Defizienz der moralischen Kritik aufzeigen, dessen also, wie das Verhältnis von Kritik und Moral

269 Kelsen, »Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung«, S. 103.

270 Kelsen, *The Communist Theory of Law*, S. 42.

271 Wood, »Marx' Immoralismus«, S. 19ff; Kelsen, *The Communist Theory of Law*, S. 42f.

272 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 65.

beschaffen *ist*, wird ihnen vorgeworfen, diese Defizienz auch normativ zu setzen. Das heißt, zu behaupten, dass die moralische Kritik defizitär sein *soll*. Dasselbe gilt für die Moralkritik bei Paschukanis: Dass er die wechselseitige Bedingtheit von Moral und kapitalistischer, durch Recht vermittelte Ausbeutung statuiert, heißt nicht, dass er diese wechselseitige Bedingtheit selbst wieder als moralischen Wert versteht. Das Postulat, Recht *soll* moralisch sein oder Ausbeutung *soll* als unmoralisch verstanden werden, sind genau jene Ausgangspunkte, die der Marxismus für sich ausschließt und die auch Kelsen, so wir seinen moralischen Relativismus atypisch interpretieren, verwirft.

Schon dem Vorwort zu ersten Auflage ist zu entnehmen, dass die *Reine Rechtslehre* in erster Linie eine Wissenschaftstheorie sein will.²⁷³ Allerdings kann ihr Leitmotiv, nämlich »ihre nicht auf Gestaltung, sondern ausschließlich auf Erkenntnis des Rechts gerichteten Tendenzen zu entfalten« und das heißt rein deskriptiv vorzugehen, auch als eine implizite Kritik an moralischer Kritik oder an einem *rechtfertigenden* Zugang zum Gegenstand verstanden werden.²⁷⁴ Wenn das Recht daher ausschließlich in seiner Wirklichkeit als positiv gesetztes Recht untersucht wird, hingegen die Frage danach, wie das Recht beschaffen sein *soll*, wie es zu *rechtfertigen* und zukünftiges Recht inhaltlich zu gestalten sei, aus der Rechtswissenschaft ausgeschlossen wird, so bezeichnet die Trennungsthese *auch* das Verhältnis von Moral und Wissenschaft. Vielleicht liegt darin, das *Sollen* radikal aus der wissenschaftlichen Betrachtung der Wirklichkeit zu verbannen, die engste Schnittstelle zwischen Positivismus und Materialismus. Dabei geht der Materialismus jedoch, wie im ersten Kapitel besprochen, nie bloß deskriptiv, sondern in der Einheit von Kritik und Darstellung stets auch (de-)konstruktiv vor, sodass sich der Rechtspositivismus mit seiner *praktischen* Bedeutung konfrontieren muss.²⁷⁵ Wenngleich die Aufbewahrung der Moral aus der Trennungsthese als regressive Konsequenz folgt, so folgt aus ihr zugleich implizit das Postulat einer internen Rechtskritik aus dem Geist der Methodenreinheit. Denn obgleich Kelsen die moralische Kritik am Recht weiterhin sinnvoll behaupten kann,²⁷⁶ so schwingt darin doch immerzu mit, dass sie eine bloß äußere Kritik ist, die dem, was das Recht ist, nie *gerecht* wird.²⁷⁷

273 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. III.

274 Ebd.; Ott, *Die Vielfalt des Rechtspositivismus*, S. 30.

275 Ebd.

276 Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, S. 255 Anm. 62. Zitiert nach Walter, »Nachwort«, in: Hans Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, S. 71.

277 Siehe auch Kelsen, »Was ist die Reine Rechtslehre?«, S. 146, wo Kelsen die Reine Rechtslehre als »eine Lehre vom positiven, und das heißt, vom wirklichen, nicht von einem idealen Recht« begrift.

3.3.3 *Was ist Gerechtigkeit?*

In seinem Aufsatz *Was ist Gerechtigkeit?* entwickelt Kelsen seinen moralischen Relativismus entlang einer Kritik an unterschiedlichen Gerechtigkeitskonzeptionen der Philosophiegeschichte. Punkt 24 behandelt »das kommunistische Gerechtigkeitsprinzip«, nämlich »der gleichen Arbeitsleistung einen gleichen Anteil an dem Arbeitsprodukt zu gewähren«,²⁷⁸ dessen Existenz Kelsen offenbar daraus ableitet, dass die durch Marx kritisierte Gerechtigkeit der warenproduzierenden Gesellschaft innerhalb der kommunistischen Gesellschaft »angewendet werden [soll]«. ²⁷⁹ Offenbar sieht er diese Behauptung durch die im Zusammenhang mit dem »Verein freier Menschen« stehende Phrase »Jeder nach seinen Fähigkeiten, jeder nach seinen Bedürfnissen« gerechtfertigt.²⁸⁰ Eben dieses Prinzip, aus welchem er die Existenz der Idee kommunistischer Gerechtigkeit allererst ableitet, sei nun selbst problematisch, denn es setze »die Beantwortung der für seine Anwendung entscheidenden Fragen durch eine positive Gesellschaftsordnung voraus.«²⁸¹ Konkret geht es Kelsen dabei um die Frage, welche Fähigkeiten und welche Bedürfnisse gesellschaftlich anerkannt werden, welches Maß an Arbeit und welche Art von Arbeit den Einzelnen zuzumuten sind. Dass Kelsen zum Schluss kommt, die Beantwortung dieser Frage komme nicht darum herum, von einem »Organ der Gemeinschaft nach generellen, von der gesellschaftlichen Autorität gesetzten Normen entschieden [zu] werden« rührt aus zwei Missverständnissen.²⁸² Erstens ist dieses Prinzip keine Schablone der kommunistischen Zukunftsgesellschaft, daher auch im engen Sinne nicht als Prinzip, sondern aus dem Kontext der exoterischen Schrift *Kritik des Gothaer Programms* als politische Parole zu verstehen,²⁸³ welche auch ganz bewusst in dieser relativen Unbestimmtheit gelassen wird und gelassen werden muss.²⁸⁴ Dies gibt Kelsen implizit zu, wenn er die Kritik am kommunistischen Gerechtigkeitsprinzip davon abhängig macht, dass »es überhaupt als solches zu gelten beansprucht.«²⁸⁵ Das weitverbreitete Missverständnis, Marx führe den Kommunismus als Lösung des

278 Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, S. 36.

279 Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, S. 37.

280 *MEW* 19, S. 21.

281 Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, S. 37.

282 Ebd.

283 Allerdings auch nicht als bloße Plattitüde. Im Kern muss es, wie Reitter, *Prozesse der Befreiung*, S. 205 formuliert, darum gehen, »das Reich der Notwendigkeit quantitativ so zu verkleinern, dass neue Qualitäten der Freiheit möglich sind«.

284 Zur Frage einer autoritativen Setzung der Prinzipien des Kommunismus siehe schon oben.

285 Kelsen, *Was ist Gerechtigkeit?*, S. 38.

Gerechtigkeitsproblems ein, geht auf Cornelius Castoriadis zurück.²⁸⁶ Zweitens liegt der Kelsen'schen Kritik eine stark verteilungstheoretische Interpretation zugrunde,²⁸⁷ die das Marx'sche Anliegen von Grund auf missdeutet. Sehen wir uns daher die Kritik der Gerechtigkeit bei Marx und Paschukanis näher an.

Im äquivalenten Tausch ist die Gerechtigkeit als Gleichheit der Quanta abstrakter Arbeit verwirklicht,²⁸⁸ ebenso verhält es sich mit dem Tausch zwischen Arbeitslohn und Arbeitskraft.²⁸⁹ Wie oben gezeigt, schlägt jedoch der äquivalente und d.h. gerechte Tausch zwischen Kapital und Lohnarbeit in der Produktionssphäre um, indem sich das Kapital unbezahlte Mehrarbeit der besonderen Ware Arbeitskraft aneignet.²⁹⁰ Insofern »hebt das Kapitalverhältnis den Äquivalententausch auf«,²⁹¹ wenn wir den Tausch zwischen Kapital und Lohnarbeit nicht als individuellen Tauschakt, sondern gesamtgesellschaftlich als Tausch zwischen Klassen betrachten. Gerechtigkeit ist für Marx daher die sich im Tausch realisierende Gleichheit, die, aber das entzieht sich dem Blick der Gerechtigkeit, im dialektischen Verhältnis zur Ungleichheit in der Produktionssphäre steht. Ob damit, wie Lohmann das tut,²⁹² ein engerer, auf den Warentausch bezogener Gerechtigkeitsbegriff von einem weiteren, auf

286 Siehe Cornelius Castoriadis, »Wert, Gleichheit, Gerechtigkeit, Politik. Von Marx zu Aristoteles und von Aristoteles zu uns«, in: ders., *Durchs Labyrinth. Seele, Vernunft, Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1983, S. 265; Reitter, *Prozesse der Befreiung*, S. 201; Lohmann, »Zwei Konzeptionen von Gerechtigkeit in Marx' Kapitalismuskritik«, in: Emil Angehrn/Georg Lohmann (Hg.), *Ethik und Marx*, S. 174.

287 Letztlich sieht Kelsen in diesem Prinzip nur eine Spielart des »Jedem das Seine«; eine Gleichsetzung, die schon Forst dafür verantwortlich macht, das Gerechtigkeitsproblem primär distributionszentriert zu deuten (Forst, »Gerechtigkeit nach Marx«, S. 108).

288 So auch Reitter, *Prozesse der Befreiung*, S. 202; Lohmann, »Zwei Konzeptionen von Gerechtigkeit in Marx' Kapitalismuskritik«, S. 175.

289 Dagegen insbesondere Negt, »Thesen zur marxistischen Rechtstheorie«, S. 10, der die Gerechtigkeit für *bloßen Schein* der bürgerlichen Gesellschaft hält. So schreibt er auch, dass es »der in der Produktion auf einer je spezifischen geschichtlichen Entwicklungsstufe enthaltene *Inhalt des materiellen Lebensprozesses* [ist], aus dem formalisierte, schließlich durch die Theorie als methodisch organisierte Erfahrung von Interessen abgelöste Maßstäbe zur Beurteilung von gerecht und ungerecht [...] hervorgehen« (Negt, »Thesen zur marxistischen Rechtstheorie«, S. 11). Gerechtigkeit ist für Negt daher falsches Bewusstsein und keine real wirkmächtige Konstante im Reproduktionsprozess der Gesellschaft.

290 Näher hierzu schon unter 2.3.2.4.

291 Reitter, *Prozesse der Befreiung*, S. 198.

292 Lohmann, »Zwei Konzeptionen von Gerechtigkeit in Marx' Kapitalismuskritik«, S. 178.

die ganze kapitalistische Gesellschaft bezogenen Gerechtigkeitsbegriff zu unterscheiden sei, ist im Hinblick auf folgende Überlegung zu verneinen: Marx spricht davon, dass die Gerechtigkeit der äquivalenten Tauschakte darauf beruht, »daß diese Transaktionen aus den Produktionsverhältnissen als natürliche Konsequenz entspringen«.²⁹³ Er fährt fort:

Die juristischen Formen, worin diese ökonomischen Transaktionen als Willenshandlungen der Beteiligten, als Äußerungen ihres gemeinsamen Willens [...] erscheinen, können als bloße Formen diesen Inhalt selbst nicht bestimmen. Sie drücken ihn nur aus. Dieser Inhalt ist gerecht, sobald er der Produktionsweise entspricht, ihr adäquat ist. Er ist ungerecht, sobald er ihr widerspricht.²⁹⁴

Gerechtigkeit ist daher ein Verhältnis der »Adäquanz«, der »Entsprechung« und damit, wie Reitter treffend feststellt, ein Maß, das »Verhältnisse nicht transzendiert, sondern umgekehrt diesen entspricht«.²⁹⁵ Ich sehe darin, anders als Lohmann,²⁹⁶ auch keine Unbestimmtheit des Begriffes »adäquat«, sondern die konsequente Umsetzung einer explizit nicht-idealistischen Kritik, die keinen idealen, ahistorischen Begriff der Gerechtigkeit konstruiert und äußerlich an die Wirklichkeit heranträgt.²⁹⁷ Darin besteht auch Marx' Kritik an Proudhons Gerechtigkeitsideal: »Was würde man von einem Chemiker denken, der, statt die wirklichen Gesetze des Stoffwechsels zu studieren [...], den Stoffwechsel durch »ewige Ideen« [...] ummodellieren wollte?«²⁹⁸ Dabei gewinnt Marx den wirklichen Gerechtigkeitsbegriff, das heißt diejenige Gerechtigkeit, die in den gesellschaftlichen Verhältnissen tatsächlich wirkt, nicht aus einer isolierten Betrachtung der Zirkulationssphäre, wie dies Lohmanns Einwand nahelegt. Es ist gerade die Marx'sche Pointe, dass der *Begriff der Gerechtigkeit selbst* die einseitige Darstellung des Kapitalverhältnisses in der Zirkulationssphäre ist. Das ist der »kapitalistischen Produktionsweise [...] wirklich angemessene[] Gerechtigkeitsbegriff«, weil er tatsächlich »aus einer Analyse der ganzen Gesellschaft [hergeleitet wird]«.²⁹⁹ Dabei werden keine »wesentlichen Aspekte der Gerechtigkeit

293 MEW 25, S. 352.

294 Ebd.

295 Reitter, *Prozesse der Befreiung*, S. 205.

296 Lohmann, »Zwei Konzeptionen von Gerechtigkeit in Marx' Kapitalismuskritik«, S. 178.

297 So auch Maihofer, *Das Recht bei Marx*, S. 66, die treffend die Kritik an einem solchen idealistischen Gerechtigkeitsbegriff als Maß der gesellschaftlichen Verhältnisse an Marx' Kritik an der »natürlichen Gerechtigkeit« in MEW 19, S. 35 ff. festmacht.

298 MEW 23, S. 99f., Fn. 38.

299 Lohmann, »Zwei Konzeptionen von Gerechtigkeit in Marx' Kapitalismuskritik«, S. 178.

verdeckt«,³⁰⁰ sondern es zeigt sich umgekehrt, dass die Gerechtigkeit als Begriff der Zirkulation selbst die Dimension der Produktion verschleiert. So lesen wir bei Marx auch: »Behaupten die Bourgeois nicht, daß die heutige Verteilung ›gerecht‹ ist? Und ist sie in der Tat nicht die einzig ›gerechte‹ Verteilung auf Grundlage der heutigen Produktionsweise?«³⁰¹

Selbstverständlich ist der Gerechtigkeitsdiskurs, wie Rainer Forst feststellt, von einer »primär güter- und distributionszentrierte[n], empfängerorientierte[n] Sichtweise« dominiert,³⁰² jedoch liegt das nicht an einem Mangel dieses Diskurs, der den »Begriff der Gerechtigkeit selbst« verfehlt – es sei gemäß Forst erst Marx, der diesen »Widerspruch zwischen demselben und seiner konkreten Gestalt« aufzeige –, sondern eben an diesem »Begriff der Gerechtigkeit selbst« in seiner historischen Bestimmtheit.³⁰³ Reitter weist darauf hin, dass der Begriff der Gerechtigkeit etwas sehr »Starres, Unbewegliches« an sich hat.³⁰⁴ So sind sowohl die ausgleichende Gerechtigkeit wie auch die distributive Gerechtigkeit nicht in der Lage, die Verhältnisse zu transzendieren, denn »[d]ie ausgleichende Gerechtigkeit stellt das wieder her, was war«, und »[d]ie distributive Gerechtigkeit verteilt nach Maßgabe des Bezugssystems«. ³⁰⁵ Daher ist die Gerechtigkeitslehre nicht um die Dimension, »wie die zu verteilenden Güter überhaupt ›in die Welt‹ kommen, also um Fragen der Produktion und ihrer gerechten Organisation« zu erweitern,³⁰⁶ sondern der Gerechtigkeitsdiskurs ist ebenso wie der Moraldiskurs überhaupt untauglich, eine radikale Gesellschaftskritik zu formulieren. Gerechtigkeit ist schon ihrem Begriff nach eine durch und durch »strukturkonservative Forderung«, ³⁰⁷ weil sie darauf abzielt, »dass niemand Normen oder Verhältnissen unterworfen werden soll, die ihm oder ihr gegenüber nicht angemessen gerechtfertigt werden können«. ³⁰⁸ Was Forst hier daher in kantianischer Tradition als diskursives Gerechtigkeitsideal formuliert, ist ihr wesentliches Defizit, denn die Rechtfertigung der Wirklichkeit ist der absolute Gegensatz zu ihrer Überwindung. Überdies ist die Sinnhaftigkeit jener Verdopplung fraglich, die Forst setzt, wenn er die

300 Forst, »Gerechtigkeit nach Marx«, S. 108.

301 MEW 19, S. 18.

302 Forst, »Gerechtigkeit nach Marx«, S. 108.

303 Forst, »Gerechtigkeit nach Marx«, S. 110; vgl. auch Maihofer, *Das Recht bei Marx*, S. 73ff., die die Vergeschichtlichung des Gerechtigkeitsbegriffes bei Marx stark betont.

304 Reitter, *Prozesse der Befreiung*, S. 205f.

305 Reitter, *Prozesse der Befreiung*, S. 206.

306 Forst, »Gerechtigkeit nach Marx«, S. 108. So wohl auch Bayer, *Tragödie des Rechts*, S. 116, die schreibt, dass es in der technischen Regel um die »gerechte Verteilung von Gemeinschaftsgütern« geht.

307 Reitter, *Prozesse der Befreiung*, S. 205.

308 Forst, »Gerechtigkeit nach Marx«, S. 121.

»Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse« als Springpunkt emanzipatorischer Theorie und Praxis propagiert.³⁰⁹

Bei Paschukanis, der hier im Wesentlichen die Marx'sche Position fragmentarisch wiedergibt, kann die Gerechtigkeit ebenfalls nicht als solches äußeres Ideal an den rechtlich vermittelten ökonomischen Tausch angelegt werden, weil der Begriff der Gerechtigkeit selbst »dem Tauschverhältnis entnommen« ist.³¹⁰ Obleich die Gerechtigkeit gemeinhin aus der Position moralischer Entrüstung reklamiert wird, so ist sie doch wesentlich von der Moral verschieden, denn während die Moral immer als freier Urteilsakt gedacht werden muss, kann die Gerechtigkeit erzwungen sein. Paschukanis schreibt daher treffend: »[D]ie Gerechtigkeit [ist] die Stufe, über die die Ethik zum Recht hinabsteigt.«³¹¹ Darauf, dass Gerechtigkeit nicht auf ihre moralische Dimension zu reduzieren ist, sondern eminent politisch ist, weist jedoch auch Forst richtig hin: in der Gerechtigkeit geht es darum, »wer bestimmt, wer was erhält«.³¹² So wird, um mit Maihofer abzuschließen,

auch der Diskurs der Gerechtigkeit einmal historisch überholt sein; aber nicht, weil die Gerechtigkeit dann Wirklichkeit geworden wäre, sondern weil die neuen Gesellschaftsverhältnisse in anderen gesellschaftlichen Bewußtseinsformen gelebt werden.³¹³

3.4 Die technische Regel

3.4.1 Totalitarismus der Zweckeinheit?

Nachdem sowohl das öffentliche Recht wie auch die Moral als alternative Ordnungssysteme gescheitert sind, bleibt noch die *technische Regel*, die von Paschukanis explizit als Alternative zum bürgerlichen Recht angedacht wird: »Eine grundlegende Voraussetzung der rechtlichen Regelung ist somit die Gegensätzlichkeit privater Interessen. [...] Dem gegenüber ist die Voraussetzung der technischen Regelungen die *Einheit des*

309 Ebd.

310 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 161 [S. 143].

311 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 162 [S. 143].

312 Forst, »Gerechtigkeit nach Marx«, S. 111. Forst verharrt hier zwar in verteilungslogischer Terminologie, hebt diesen Begriff der Gerechtigkeit allerdings dezidiert von der bloßen Güterverteilung ab. Nach Forst soll Gerechtigkeit hingegen in gegenseitigen Anerkennungsbeziehungen bestehen, sodass es nicht darum gehen kann, wem Güter fehlen, sondern wer überhaupt »bei der Herstellung und Verteilung der Güter nicht »zählt«« (ebd.).

313 Maihofer, *Das Recht bei Marx*, S. 89.

Zwecks« (Hervorhebung L.L.O.).³¹⁴ Beispielhaft weist Paschukanis auf die Verschiedenartigkeit zwischen der Regelung über die Haftbarkeit des Eisenbahnbetriebs und der Regelung des Eisenbahnfahrplans hin: Die erste Regelung setzt voneinander unterschiedene und gegensätzliche Privatinteressen voraus, wohingegen letztere »den einheitlichen Zweck, sagen wir, einer maximalen Betriebsfähigkeit« voraussetzt.³¹⁵ Rund fünf Jahre nach dem Erscheinen von *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* zieht auch Carl Schmitt in *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* das Beispiel des »fahrplanmäßigen Eisenbahnverkehrs« heran. Für den Eisenbahnverkehr

kann man sagen, daß hier nicht die persönliche Willkür von Menschen, sondern die unpersönliche Sachlichkeit des Fahrplans ›herrsche‹, und daß diese Fahrplanmäßigkeit ›Ordnung‹ ist. [...] Hier scheint auch der letzte Rest von menschlicher Herrschaft und Willkür, den der Verkehrsschutzmann noch darstellen könnte, durch präzise funktionierende automatische Farbensignale ersetzt.³¹⁶

Während Schmitt von der »unpersönliche[n] Sachlichkeit« des Gegenstandes spricht, knüpft Paschukanis' technische Regel an den dem Gegenstand selbst innewohnenden »Zweck« an.³¹⁷ Obwohl Paschukanis eine Vielzahl an Beispielen zur Demonstration dieser »Sachlogik« anführt – neben dem Eisenbahnbetrieb die Krankenbehandlung oder Kindererziehung –, möchte ich weiter unten dafür argumentieren, die technische Regel und ihre »Zweckseinheit« nur im Hinblick auf eine sozialistische Produktionsweise und deren Zweck, die Bedürfnisbefriedigung, zu verstehen. Dennoch soll an dieser Stelle vorweg die Idee der Sachlogik im Allgemeinen kritisch reflektiert werden, die durchaus berechtigt als ideologisch, das heißt als Verschleierungsinstrument betrachtet werden kann.

Im sogenannten »Sachlichkeitsgebot« oder der »Sachgerechtigkeit« des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes (Art. 7 B-VG oder Art. 3 GG) treffen sich rechtsphilosophische und rechtsdogmatische Fragestellungen. Der Gleichheitssatz gebietet, wesentlich Gleiches gleich (Verbot unsachlicher Differenzierung) und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (Gebot sachlicher Differenzierung), wobei in der Rechtsprechung des Österreichischen Verfassungsgerichtshofes in durchaus unterschiedlicher Art und Weise auf das Sachlichkeitsgebot Bezug genommen wird.³¹⁸ Was

³¹⁴ Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 79 [S. 55].

³¹⁵ Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 80 [S. 55].

³¹⁶ Carl Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlin: Duncker & Humblot 2006, S. 16.

³¹⁷ Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 100 [S. 77].

³¹⁸ Siehe dazu Magdalena Pöschl, *Gleichheit vor dem Gesetz*, Wien: Springer 2008, S. 213.

jedoch »wesentlich gleich« ist, ist nicht nur eine »Wertungsfrage«, ³¹⁹ die der Gesetzgeber trifft, sondern hängt entscheidend vom »Regelungskontext« ab, ³²⁰ sodass die Frage einer sachlichen Differenzierung nicht ausschließlich mit Blick auf die Sache zu entscheiden ist und schon gar nicht aus der Sache selbst – sozusagen automatisch – emergiert. Die Frage, was genau die Sache gebietet, ist also von politischem Interesse und wäre erst noch, insbesondere auch kontextrelativ, zu bestimmen. Verstehen wir Paschukanis' Konzept der Zweckeinheit auf diese Weise, so muss ihm entgegengehalten werden, dass er einen allzu naiven oder unschuldigen Begriff der Sachlogik vertritt, der nicht nur die politische Dimension einer genaueren Bestimmung dieser scheinbar in der Sache schlummernden Logik, sondern auch die Gefahr einer missbräuchlichen Instrumentalisierung der Sachlogik unbeachtet lässt. Dies gilt insbesondere für den Bereich des Strafrechts, der unter einem allgemeinen Präventionsgedanken durch die technische Regel ersetzt werden könnte, wenn der »Zwang als Schutzmaßnahme« im Sinne eines »reine[n] Zweckmäßigkeit[s]« verstanden wird. ³²¹ Diese Bewertung gilt jedoch dann nicht, wenn sich die Sachlogik nicht auf die Mannigfaltigkeit verschiedener Materien, das heißt des Zivil-, Straf-, Verwaltungs- und Verfassungsrechts bezieht, sondern ausschließlich mit der Produktionsweise einer Gesellschaft, mit *deren* immanenter Logik, verbunden wird.

Nun schreibt schon Elbe, dass die technische Regel bei Paschukanis »eine vorab koordinierte Einheit des Zwecks oder die (repressive) Unterordnung unter einen einzigen Willen unterstellt«. ³²² Dabei lässt Elbe offen, ob »oder« inklusiv oder exklusiv zu verstehen ist, wogegen insbesondere Kelsen die Zweckeinheit mit der autoritären Setzung eines Einheitswillens identifiziert. So zieht Kelsen eine Parallele zwischen den naturrechtlichen Gesellschaftsvertragstheorien und der technischen Regel:

And if bourgeois writers pretend that the state is the expression of the unity of a collective will or a collective interest, they produce the same ideology as do the Marxists who assert that there will be a complete solidarity of interests within a communist society. ³²³

Die der technischen Regel zugrundeliegende Zweckeinheit ist damit für Kelsen »an obvious fiction« und tatsächlich ist die Annahme eines einheitlichen Gesamtwillens, die Annahme eines homogenen Ganzen eine Ideologie, die sich wohl im Nationalismus am wirkmächtigsten manifestiert. ³²⁴ Die Frage ist daher, ob eine Interpretation der technischen Regel

319 Pöschl, *Gleichheit vor dem Gesetz*, S. 221, Fn. 76.

320 Pöschl, *Gleichheit vor dem Gesetz*, S. 189.

321 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 189 [S. 172].

322 Elbe, *Marx im Westen*, S. 384.

323 Kelsen, *The Communist Theory of Law*, S. 105.

324 Kelsen, *The Communist Theory of Law*, S. 104.

möglich ist, in der dieselbe nicht die repressive Unterordnung unter einen autoritären Einheitswillen bedeutet bzw. in der die Zweckeinheit als *wirkliche* Zweckeinheit begreifbar ist.

Einer solchen Interpretation, die der technischen Regel autoritäre Züge zuschreibt,³²⁵ muss zunächst die Beharrlichkeit entgegengehalten werden, mit welcher Paschukanis die Idee eines proletarischen Rechts und Staates ablehnt. Schon die kategorische Weigerung, die gesellschaftlichen Formen Recht und Staat mit sozialistischem Inhalt zu befüllen, entzieht der Zweckeinheit im Grunde bereits jene totalitäre Tendenz, die sich in der Instandsetzung in einem politisch durchsetzbaren Einheitswillen allererst zu manifestieren hätte. Insbesondere mit dem Absterben des Staates fehlt ein politisches Gewaltmonopol, das den Einheitszweck, welchen Inhaltes auch immer, als solchen *setzt*. Es sei nur nebenbei bemerkt, dass jene Stimmen, die hier im Geiste des Humanismus einen Totalitarismus der Zweckeinheit in der technischen Regel entdecken, jene mit der allgemeinen Eigentumsfreiheit gesetzte und zwangsweise durchgesetzte Zweckeinheit der Mehrwertproduktion unberührt lassen. Der Schluss liegt nahe, dass es jenen daher nicht um die Zweckeinheit als solche, das heißt als Form, sondern um ihre konkrete inhaltliche Ausgestaltung geht. Wesentlich ist jedoch, dass die Zweckeinheit ohne eine mit Gewalt ausgestattete Instanz auch ihre totalitäre Tendenz verliert.

Wie kann nun aber diese Zweckeinheit gedacht werden, sodass sie keine Fiktion ist und gleichzeitig auch keiner solchen Durchsetzungsinstanz bedarf? Die Zweckeinheit muss unmittelbar aus der Produktionsweise bzw. der Umwälzung der Produktionsweise entspringen, sodass sich der Zweck der Mehrwertproduktion hin zum allgemeinen Zwecke der *Bedürfnisbefriedigung* wandelt.³²⁶ Dabei reproduziert Kelsen nur das bürgerliche Ideologem, wenn er einwendet, »[b]oth liberals and socialists agree with respect to the ultimate purpose of a social order: to achieve the greatest possible satisfaction of the economic needs of all.«³²⁷ Während die Bedürfnisbefriedigung als Zweck des Wirtschaftens oder der »social order« von liberaler Seite nur *behauptet* wird, so ist dieser Zweck notwendig mit der Überwindung der Form der Lohnarbeit gesetzt. Das heißt es bedarf einer Produktionsweise, deren Ziel die Produktion von Gebrauchswerten bzw. Gebrauchsgütern ist; die technische Regel ist die bloße *Verwaltung* dieser Produktionsweise.³²⁸ Daher trägt die technische Regel auch keinen

325 Darunter fällt auch Arndt, »Rechtsform gleich Warenform?«, S. 49.

326 Auch Elbe, *Marx im Westen*, S. 384 spricht von der technischen Regel als »Regelung von Produktionsprozessen«.

327 Kelsen, *The Communist Theory of Law*, S. 105.

328 Paschukanis schreibt vom Verwaltungsrecht: »Sein juristischer Inhalt umfasst lediglich die Sicherstellung der Rechte der Bevölkerung einerseits und der Vertreter der bürokratischen Hierarchie andererseits. Darüber hinaus stellt das Verwaltungsrecht oder, wie es früher genannt wurde, Polizeirecht

äußerlichen – und das heißt hier auch autoritär gesetzten – Zweck an die Materie heran, sondern manifestiert deren Selbstzweck: Die kommunistische Produktionsweise schließt den Zweck der Gebrauchsgüterproduktion bzw. der Bedürfnisbefriedigung bereits in sich,³²⁹ sodass es auch keiner »legislativen« Instanz bedürfte, die als »Regelgeber« fungiert.³³⁰ An dieser Stelle ließe sich einwenden, dass sich die Diskussion um eine Definition der Bedürfnisse und eine Grenzziehung zwischen gerechtfertigten und nicht gerechtfertigten Bedürfnissen aufdrängt, worin erneut die Grenzen der »Sachlogik« gesprengt bzw. die »Sachlogik« als Ideologie entlarvt wären. Das stimmt, doch sprengt diese Diskussion zugleich den Gegenstand und das Anliegen von Paschukanis, den ich – ich wiederhole mich – nicht als Denker der sozialistischen Zukunft, sondern als Kritiker der Gegenwart vorstellen möchte. Weil der Zweck der Gebrauchsgüterproduktion unmittelbar in der kommunistischen Produktionsweise liegt, ist er auch unmittelbar einsehbar für die Produzenten.³³¹ In diesem Sinne erkennt auch Harms ganz richtig, dass es sich bei der technischen Regel eigentlich nicht um Sollens-Sätze handelt, sondern um »Wissen um Gesetzmäßigkeiten, die sich aus der Struktur technischer und sozialer Institutionen ergeben«.³³²

Die technische Regel bedarf daher, und darin liegt der Springpunkt, keines Rechtssubjektes, dem gegenüber es Normativität verwirklichen würde; sie ist die bloße Abbildung der Struktur des materiellen Seins.³³³ Jedoch ist auch Harms im Irrtum, wenn er meint, die technische Regel sei »öffentliches Recht par excellence« bzw. »das Öffentliche Recht des Citoyen« und daher der Vorwurf des Zivilrechtsreduktionismus gegen Paschukanis gerechtfertigt.³³⁴ Die technische Regel ist ein Jenseits des Rechts,³³⁵ weil ihr die *differentia specifica* – die Rechtssubjektivität –

ein buntes Gemisch technischer Regeln, politischer Rezepte usw. dar.« (Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 104f. [S. 81f.], Fn. 10.

329 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 100 [S. 77].

330 Harms, *Warenform und Rechtsform*, S. 146.

331 Daher bedarf es auch nicht eines Mehrheitsprozesses, der die technische Regel als »wahrhaft demokratischer« Ausdruck des Volkswillens hervorbringt (so aber Bayer, *Tragödie des Rechts*, S. 116).

332 Harms, *Warenform und Rechtsform*, S. 146.

333 Vgl. auch Harms, *Warenform und Rechtsform*, S. 147.

334 Harms, *Warenform und Rechtsform*, S. 149.

335 Anders Bayer, *Tragödie des Rechts*, S. 115, wo sie dafür argumentiert, den Fokus der Untersuchung darauf zu lenken, »welche Arten von Regelungen im gegenwärtigen Recht existieren, die bereits eine stärkere Priorisierung des gemeinschaftlichen Zwecks enthalten«. Hierin stimmt sie mit Paschukanis überein, der ebenfalls die technische Regel bereits teilweise im Verwaltungsrecht verwirklicht sieht, wengleich Bayers Begriff des »gemeinschaftlichen Zwecks«, wie im Fließtext argumentiert, nicht gleichzusetzen ist mit der »Zweckseinheit« des Produktionsprozesses.

nicht zukommt und daher auch keine fetischisierte Form der Verhältnisse ist; sie verhüllt, verkehrt nichts, sondern bildet den Produzenten ihren dem Produktionsprozess immer schon immanenten Zweck ab.³³⁶

3.4.2 *Zwang und die Vorstellung des Rechts als Ordnungsinstrument*

Unklar und weitgehend unvereinbar mit dem obigen Interpretationsvorschlag wird der Begriff der technischen Regel jedoch unter Berücksichtigung zweier, gegenwärtig höchst aktueller zusätzlicher Beispiele, die Paschukanis zur Veranschaulichung der Zweckeinheit anführt und in welchen die technische Regel um das Element des *Zwanges* ergänzt wird.³³⁷ Dies ist zum einen die (möglicherweise) zwangsweise Heilung eines Kranken unter dem einheitlichen Zweck der Wiederherstellung der Gesundheit und zum anderen der Zwang als Schutzmaßnahme unter dem einheitlichen Zweck der allgemeinen Sicherheit.³³⁸ Es ist zu beobachten, dass, was Paschukanis besonders am ersten Beispiel von liberaler Seite vorgeworfen wird – nämlich die Opferung individueller Freiheitsrechte zum Schutze der allgemeinen Gesundheit – mit der Corona-Krise seit Anfang 2020 Realität in sämtlichen westlichen liberalen Demokratien ist, was ironischerweise wiederum zum Vorwurf des »Gesundheitskommunismus« von rechter Seite geführt hat.

Im Heilungs-Beispiel will Paschukanis die Allgemeinheit des in der technischen Regel zum Ausdruck kommenden Zwecks demonstrieren, fällt damit jedoch hinter das Reflexionsniveau seiner vorherigen Überlegungen zurück, da er in diesem Punkt offenbar wirklich davon ausgeht, dass *jeglicher* – nicht nur der ökonomische – Interessenkonflikt in der Zukunftsgesellschaft getilgt ist und die Gesundheit ein verallgemeinerungsfähiger Zweck an sich wäre. Paschukanis müsste reflektieren, dass mit der Setzung einer technischen Regel zur Durchsetzung eines allgemeinen Zweckes, wie der Gesundheit, der bürgerliche Grundrechtsdiskurs um die Verhältnismäßigkeit eines Grundrechtseingriffes, das heißt die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen zur Wiederherstellung der Gesundheit und den damit einhergehenden Beschränkungen der Kranken, reproduziert wird. Es fragt sich zudem, ob ein Rückfall in den gesunden Menschenverstand vorliegt, wenn Paschukanis davon spricht, dass der Zwang eine »technisch zweckmäßige Handlung« ist, solange er »vom Standpunkt eines für den Zwang Ausübenden *wie für den Gezwungenen*

³³⁶ Vgl. auch Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 189 [S. 172].

³³⁷ So auch Elbe, »Warenform, Rechtsform, Staatsform«, S. 50; Harms, *Warenform und Rechtsform*, S. 148.

³³⁸ Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 80 [S. 56], S. 189 [S. 172].

einheitlichen Zwecks betrachtet wird« (Hervorhebung L.L.O.).³³⁹ Auch Probleme wie die Reduktion des menschlichen Lebens auf das nackte Überleben (Giorgio Agamben) und der Biopolitik als Herrschaftsform behandelt Paschukanis nicht. Was das zweite Beispiel des Zwanges als Schutzmaßnahme vor potenziellen Gewalttaten – andere Straftatbestände wie Vermögensdelikte, Delikte gegen die Sitten oder Delikte gegen die Staatsgewalt können schon begrifflich keine Anwendung mehr finden – betrifft, so befinden wir uns damit bereits in der Diskussion einer konkreten Utopie, die Paschukanis' Gegenstand überschreitet. Andererseits fällt dieses Beispiel hinter die kritische Erkenntnis zurück, dass das Strafrecht nicht in erster Linie eine Reaktion oder Gegengewalt gegen die Gewalt, sondern selbst unmittelbar ein Gewaltverhältnis zum Ausdruck bringt, das mit spezifischen Subjektivierungsmechanismen den Verbrecher allererst erzeugt.

Der gegen die fundamentale Rechtskritik erhobene Einwand, ohne Recht würde der *bellum omnium contra omnes* wüten, ist jedoch als rhetorische Spitzfindigkeit zu kritisieren. Mit der Überwindung von Privateigentum und Mehrwertproduktion sowie mit der Überwindung der politischen Gewalt des Staates, das heißt auch des Konstruktus *Nationalstaat*, könnte die Mehrheit an Delikten nicht nur ihre Grundlage, sondern auch ihr Motiv verlieren. Das heißt nicht, dass im Kommunismus die »heile Welt« herrscht, wie Kelsen es missversteht,³⁴⁰ es heißt nur, dass insbesondere die Begehung von Vermögensdelikten schlicht unmotiviert ist.³⁴¹ Einerseits ist daher die Hobbes'sche Fiktion einer egoistischen Menschennatur als bürgerliche Ideologie zu entlarven, andererseits gilt es auch, nicht in den »schlechten Romantizismus« zu verfallen, »in dem das Individuelle und das Allgemeine unmittelbar zusammenfallen«.³⁴² In beide Richtungen geht aber Kelsens Vorwurf gegen die (potenziell) zwangsweise durchzusetzende technische Regel: »It is one of the many fictions by which one tries to veil the undesirable fact that no human society is possible without coercion exercised

339 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 80 [S. 56].

340 Kelsen, *The Communist Theory of Law*, S. 102: »That in a communist society there will be no crimes [...] is a utopian view which has no basis in social experience«.

341 Bis zu einem gewissen Grad wird dies aber auch für Gewaltdelikte gelten, die entscheidend durch die Konsequenzen der Lohnarbeit, das heißt prekäre finanzielle Situation, enger Wohnraum, Überforderung mit unbezahlter Reproduktionsarbeit, aber auch durch die Zwänge der bürgerlichen Vorstellung der heteronormativen Partnerschaft motiviert sind. In dem Sinne ist auch Kelsen zu entgegnen, dass das »motive of sex and ambition« (Kelsen, *The Communist Theory of Law*, S. 102) sehr wohl mit den ökonomischen Verhältnissen verflochten ist, wenn auch nicht endgültig.

342 Arndt, »Rechtsform gleich Warenform?«, S. 47.

by one man against the other.«³⁴³ Paschukanis argumentiert aber ausdrücklich gegen beides: dagegen, dass die kommunistische Zukunftsgesellschaft durch und durch harmonisch sei – daher existieren auch dort in gewissem Maße Zwang und Gewalt, wenn auch ohne Gewaltmonopol und daher in anderer Form –, und dagegen, dass die Menschen durch und durch schlecht seien – daher spielt der Zwang keine prominente Rolle in der technischen Regel bzw. ist nicht *notwendig* mit ihr verknüpft.³⁴⁴

Inwieweit jedoch der Zwang in der Zukunftsgesellschaft begrifflich mit einer Durchsetzungsinstanz, die das Gewaltmonopol innehat, verknüpft ist, und in welcher Hinsicht Zwang überhaupt einer fundamentalen Kritik zu unterziehen wäre, bleibt bei Paschukanis weitgehend offen. Für die bürgerliche Gesellschaft ist hingegen klar, dass der Zwang in der die Bewegungsgesetze der kapitalistischen Produktionsweise sicherstellenden Staatsgewalt zu verorten ist.³⁴⁵ In diesem Punkt läuft auch Kelsens weiterer Einwand ins Leere, der lautet, Paschukanis vernachlässige das Moment des Zwanges.³⁴⁶ Diese Reduktion des Rechtsbegriffes durch Ausklammerung des Zwanges ermögliche es Paschukanis erst, die technische Regel als Nicht-Recht zu fassen, obgleich die potentielle zwangsweise Durchsetzung auch der technischen Regel zugegeben ist; diese sei aber eben kein wesentliches Charakteristikum des Rechts überhaupt und daher sei auch die technische Regel kein Recht. Dieser Vorwurf ist nur sinnvoll vor dem Hintergrund des eigenen Verständnisses des Rechts als Ordnung von Zwangsnormen. Interessanterweise knüpft Kelsen den Zwang, der bei ihm in diesem Sinne die *differentia specifica* des Rechts bezeichnet, nicht notwendig an den Staat, sondern fordert lediglich, dass er »gesellschaftlich organisiert« ist.³⁴⁷ Gegen eine solche Repressionstheorie des Rechts führt Paschukanis bekanntlich das Primat des Rechtsverhältnisses ins Feld,³⁴⁸ doch kann vielleicht gerade in Kelsens Repressionstheorie eine implizite Rechtskritik erkannt werden, die auch Paschukanis' Rechtskritik bereichert. Denn, so stellt Klein fest,

[d]as unschöne Wort Zwang spielt in der politischen Sphäre kaum noch eine Rolle, sein Betätigungsfeld ist ganz überwiegend die Individualpsy-

343 Kelsen, *The Communist Theory of Law*, S. 105; siehe auch Kelsen, »Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung«, S. 85.

344 So auch Bayer, *Tragödie des Rechts*, S. 117f.

345 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 124 [S. 103], S. 139 [S. 120], S. 143 [S. 123f.].

346 Kelsen, »Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung«, S. 84.

347 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 64.

348 Vgl. auch Elbe, *Marx im Westen*, S. 383; Bung, »Geheimnisse der gesellschaftlichen Formen«, S. 50.

chologie geworden, wo es als das Problem des zwanghaften Charakters und der Zwangsneurose in Erscheinung tritt.³⁴⁹

Vor dem Hintergrund dieser Internalisierung des Zwanges ins Innere des bürgerlichen Individuums bei gleichzeitiger Tabuisierung des Wörtchens Zwang erscheint gerade eine Repressionstheorie des Rechts, die weder die freiheitsgewährende Funktion noch die Genealogie des Rechts aus der Moral hochhält, sondern ganz im Gegenteil seinen *Zwangscharakter* zum Charakteristikum rechtlicher Normativität erhebt, erfrischend progressiv.

Nun missversteht Kelsen aber die Funktion des Staats und das heißt auch der staatlichen Zwangsgewalt als *allgemeines Äquivalent* des Rechtsverhältnisses, wenn er lediglich jene Stelle zitiert, in welcher Paschukanis schreibt, dass »die äußere zwangsweise Regelung der Beziehungen der Warenbesitzer zueinander nur einen unbedeutenden Teil der sozialen Regelung überhaupt bildet.«³⁵⁰ Denn der staatliche Zwang als Garant des Warentausches ist notwendige Bedingung des Rechtsverhältnisses, wengleich das Rechtsverhältnis nicht aus ihm entspringt. Dies meint Paschukanis, wenn er die äußere zwangsweise Regelung mit dem Rechtsverhältnis als wirkliches soziales Verhältnis konterkariert. Die Repressionstheorie des Rechts, das bildet sich hier ab, läuft schließlich Gefahr, in die bürgerliche und naturrechtliche Ideologie zu verfallen, die das Recht für ein bloßes Ordnungsinstrument präexistenter Konflikte nimmt. Eben so, als ein an sich neutrales *Mittel* bzw. *Instrument* zur Bereinigung sozialer Konflikte, betrachtet Kelsen den Gegenstand der Rechtswissenschaft: »Nicht als Zweck, sondern als ein spezifisches Mittel ist das Recht charakterisiert, [...] dem an und für sich kein politischer oder ethischer Wert zukommt, dessen Wert vielmehr von dem dem Recht [...] transzendenten Zweck abhängt.«³⁵¹ Daher sei auch die Unterscheidung zwischen Recht und technischer Regel bei Paschukanis hinfällig, »because law [...] is by its very nature a technique, a specific social technique.«³⁵² Kelsen bleibt auch an dieser Stelle keine andere Möglichkeit, als die Rechtskritik in Form einer Kritik an den das Recht gestaltenden oder anwendenden Einzelpersonen oder Gruppen zu artikulieren. Da er zudem den Nachweis der spezifisch herrschaftsvermittelnden Funktion des Rechts nur als Zuschreibung eines politischen oder ethischen *Wertes* versteht, kann ihm in Konsequenz seines Werterelativismus der Zusammenhang von Warenform und Rechtsform bzw. von Waren-, Staats-, Rechts- und Moralforn nur als Rehabilitation naturrechtlicher Ideologie in sozialistischem Gewande erscheinen.

349 Klein, »Das Wesen des Rechts«, S. 83.

350 Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 37 [S. 11].

351 Kelsen, »Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung«, S. 83.

352 Kelsen, *The Communist Theory of Law*, S. 105.